

НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ІМЕНІ ЯРОСЛАВА МУДРОГО

НАЦІОНАЛЬНА ШКОЛА СУДДІВ УКРАЇНИ

ГРОМАДСЬКА ОРГАНІЗАЦІЯ
«ВСЕУКРАЇНСЬКА АСОЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА»

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ВИВЧЕННЯ ПРОБЛЕМ
ЗЛОЧИННОСТІ ІМЕНІ АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ВІДПОВІДІ НА ВИКЛИКИ ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ

Матеріали міжнародної наукової конференції

м. Харків, 5 травня 2022 року

Харків
«Право»
2022

УДК [343.2/.7:355.01](477)(082)
К82

Упорядкування та загальне редагування:
Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко

*Зміст опублікованих матеріалів відповідає змістові
поданих авторами рукописів*

Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану
К82 в Україні : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 5 трав. 2022 р. /
упоряд. та заг. ред.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко ; Нац. юрид.
ун-т ім. Ярослава Мудрого ; Нац. шк. суддів України ; Громад. орг.
«Всеукр. асоц. кримін. права» ; НДІ вивч. проблем злочинності
ім. акад. В. В. Сташиса. – Харків : Право, 2022. – 310 с.
ISBN 978-966-998-417-3

- © Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, 2022
- © Національна школа суддів України, 2022
- © Громадська організація «Всеукраїнська
асоціація кримінального права», 2022
- © Науково-дослідний інститут вивчення
проблем злочинності імені академіка
В. В. Сташиса, 2022

ISBN 978-966-998-417-3

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА

Тацій В. Я.

Кримінальне право України в умовах війни.....8

I. ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ НОВЕЛІЗАЦІЇ КК УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Баулін Ю. В.

Воєнно-кримінальне право України: поняття, зміст,
юридична форма..... 11

Пономаренко Ю. А.

Основні виклики, що постали перед кримінальним правом
України з початком широкомасштабної фази війни, та відповіді
законодавця на них..... 18

Киричко В. М.

Про особливості кримінального права, обумовлені воєнним
станом, та їх відображення в кримінальному кодексі України.....35

Брич Л. П.

Про необхідність забезпечення невідворотності кримінальної
відповідальності за участь в агресивній війні проти України42

Марін О. К.

Спеціальні норми у кримінальному праві воєнного стану:
небезпека непередбачуваних наслідків для кримінально-
правового регулювання.....49

Демидова Л. М.

Охорона громадської безпеки в умовах воєнного стану: проблеми
новелізації кримінального законодавства та судової практики55

Батиргарєєва В. В.

Законодавчі новели щодо кримінально-правового захисту
інформаційного простору в умовах збройної агресії
проти України61

Гаджук (Чорна) О. С.

Про системність кримінального права на прикладі
використання законодавчої ознаки «в умовах воєнного
чи надзвичайного стану».....66

II. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Смородинський В. С.

Принцип верховенства права у правовому режимі
воєнного стану70

Тимофєєва Л. Ю.

Переосмислення принципів кримінального права
в умовах війни75

Акімов М. О.

Виконання обов'язку щодо захисту вітчизни, незалежності
та територіальної цілісності України: до питання про місце
норми у КК України78

Євдокімова О. В.

Проблеми покарання та його призначення у законотворчості
та правозастосовній діяльності в умовах воєнного стану85

Загиней-Заболотенко З. А.

Позбавлення права обіймати певні посади або займатися
певною діяльністю як основне покарання за вчинення злочинів
проти основ національної безпеки («і шуку кинули – у річку»)91

Пащенко О. О.

Щодо місця кримінально-виконавчої політики у стимулюванні
позитивної соціально-активної поведінки особи засобами
кримінального закону в умовах воєнного стану98

III. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Музика А. А.

Норми про кримінальну відповідальність за колабораційну
діяльність потребують актуальних поправок103

Мисливий В. А.

Кримінальна відповідальність за колабораціонізм
в умовах воєнного стану116

Газдайка-Василишин І. Б.

Проблеми кваліфікації колабораційної діяльності120

Радутний О. Е.

Публічне заперечення як різновид колабораційної діяльності
за ч. 1 ст. 111–1 КК України.....129

Рубашенко М. А.	
Публічні заклики до підтримки дій агресора та до співпраці з агресором: проблеми інтерпретації законодавчої новели.....	134
Погребняк С. П.	
Подолання колізії законів, що визначають підслідність кримінальних правопорушень за ст. 111–1 КК «Колабораційна діяльність»	138
Омарова К. Ч., Гранкіна В. І.	
Диверсія в умовах воєнного стану.....	12
Мовчан Р. О.	
Кримінально-правова новела про поширення військово значущої інформації (ст. 114–2 КК України): що варто враховувати громадянам та правозастосовцям і що не врахував законодавець	145
Будяченко О. М.	
Щодо напрямів вдосконалення правового забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про засоби відсічі збройної агресії Російської Федерації.....	153
Навроцький В. О.	
Кримінально-правове значення наявності/відсутності «відмітного знаку» у особового складу збройних сил	157
Рябчинська О. П.	
Правова оцінка порушення прав цивільного населення на окупованих територіях України	166
Хавронюк М. І.	
Щодо кримінальної відповідальності військовополонених, яких утримує Україна	172
Триньова Я. О.	
Про дотримання прав військовополонених у сучасній російсько-українській війні.....	177
Шепітько М. В.	
Застосування Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду та кваліфікація злочинів вчинених під час російської агресії в Україні.....	182
Харитонова О. В.	
Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, у війні рф проти України: правові аспекти	189
Політова А. С.	
Окремі питання кримінальної відповідальності за сексуальне насильство під час збройного конфлікту в Україні.....	202

Федоровська Н. В.	
Сексуальне насильство як військовий злочин	207
Запорожець А. А.	
Акти РБ ООН як джерело міжнародного захисту особи від сексуального насильства під час збройного конфлікту	214
Михайліченко Т. О.	
Застосування зброї масового знищення в проєкті нового КК	222
Азаров Д. С.	
Геноцид українського народу у 2022 році: логіка правової аргументації	226
Липкін А. В.	
Проблеми кваліфікації злочину геноциду	231
Павленко Т. А.	
Щодо перспектив створення безпекового простору держави в умовах збройної агресії РФ проти України.....	236
Орбець К. М.	
Деякі проблеми криміналізації образи честі і гідності військовослужбовця, погрози військовослужбовцю (ст. 435 1 КК України).....	241
Горпинюк О. П.	
Правовий статус діяльності добровольчих формувань територіальних громад	246
Козак В. А.	
Щодо сутності торгівлі людьми: проблеми пошуку та визначення в умовах війни	249
Вишневська І. А.	
Медичне сортування (тріаж) в умовах воєнного стану та кримінальний закон	254
Копйова І. А.	
Кримінально-правова оцінка публічного осуду осіб, затриманих за корисливе кримінальне правопорушення проти власності, вчинене в умовах воєнного стану	259
Шармар О. М.	
Аналіз законодавчих змін, прийнятих до ст. 161 КК України в умовах воєнного стану.....	261
Колб О. Г.	
Про деякі кримінально-правові заходи запобігання розкраданням майна, отриманого волонтерськими організаціями.....	264

Кришевич О. В.	
Кримінальна відповідальність за незаконне використання гуманітарної допомоги чи шахрайство	268
Ободець Є. А., Литвиненко О. Г.	
Нецільове використання гуманітарної допомоги під час воєнного стану	273
Кубальський В. Н.	
Проблеми удосконалення кримінально-правової протидії актам кібертероризму в умовах воєнного стану.....	276
Жук І. В.	
До проблеми забезпечення кібербезпеки у сфері банківської діяльності в умовах воєнного стану	284
Горностай А. В.	
Питання законодавчого неврегулювання відповідальності за незаконне заволодіння транспортним засобом в умовах воєнного або надзвичайного стану.....	288
Базелюк В. В.	
Посягання в період збройного конфлікту на культурні цінності як об'єкти інформації про минуле України.....	293
Гловюк І. В.	
Питання відповідальності за воєнні злочини: на прикладі рішення ЄСПЛ «Marguš проти Хорватії»	299
Філей Ю. В., Денисов С. Ф.	
Особливості кримінальної відповідальності за порушення норм міжнародного гуманітарного права	305

ПЕРЕДМОВА

*Тацій В. Я.,
д.ю.н., професор,
професор кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ В УМОВАХ ВІЙНИ

Міжнародна наукова конференція «Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні», що проводиться за ініціативою кафедри кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого та завдяки організаційним зусиллям нашого Університету, Національної школи суддів України, Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України та громадської організації «Всеукраїнська асоціація кримінального права», є унікальною в своєму роді. І ця унікальність, незвичність, нестандартність не в глибині доповідей чи якості дискусій на конференції, а в умовах, у яких проводиться цей захід, його тематиці й меті.

Страшна біда прийшла на нашу землю. Прийшла не сьогодні, а ще 8 років тому назад. Сусідня держава, стосовно якої ми так довго вірили в дружбу, у спільне минуле і, що головне, у спільне майбутнє, виявилася підлим і підступним агресором. Вісім років тому вони загарбали наш Крим і частину нашого Донбасу, впродовж усіх цих років вели проти нас «гібридну» війну, яку цьогоріч 24 лютого перевели у широкомасштабну фазу. Й ось уже третій місяць вся наша країна, увесь наш народ живе в умовах повномасштабної війни, відважно і непохитно захищаючи свої цінності від агресора.

Війна поставила нові завдання перед державою, суспільством, окремими їхніми інституціями і верствами. І перед нами – ученими-юристами – поставили виклики щодо забезпечення належного правового реагування тих суспільних відносин, яких ми не знали до війни. Саме це й обумовило унікальну тематику нинішнього конференції, що присвячена «Кримінально-правовим відповідям на виклики воєнного стану в Україні». Ще декілька років тому ми й помислити не могли, що будемо присвячувати наші наукові заходи таким темам.

Так само, як свого часу ми не надто замислювалися над проблематикою кримінальної відповідальності за військові злочини, злочини проти міжна-

родного миру та правопорядку. Я пам'ятаю, що коли ми працювали над проектом нині чинного КК України (а це були ще 1990-ті роки), то положення про військові і воєнні злочини, фактично перенесли з КК 1960 року майже без змін чи з мінімальними змінами. Дійсно, ніхто з нас тоді й помислити не міг, що колись ми доживемо до того часу, коли Україна знаходитиметься в стані війни, коли злочини будуть вчинятися в умовах воєнного стану, коли постане проблема практичної кваліфікації порушення законів і звичаїв війни тощо.

І ось сьогодні життя актуалізували всю цю проблематику. Агресивна війна, розв'язана Росією проти України і Українського народу, висунула цілу низку викликів і перед кримінальним правом.

Передусім – це проблематика кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинюваних в умовах воєнного стану. І йдеться не лише про кримінальні правопорушення, які можуть бути вчинені лише під час війни (наприклад, порушення законів і звичаїв війни, застосування зброї масового зниження тощо), але й про так звані «загально кримінальні» діяння, що є злочинами і в мирний час, але вчинення яких в воєнний час значно підвищує їхню суспільну небезпечність.

Крім того, це і проблеми новелізації кримінального законодавства України, що відбувається і ще буде відбуватися за час війни. З 24 лютого й до сьогодні уже прийнято і набуло чинності 12 законів, якими до КК України внесено декілька десятків змін. У тому числі запроваджено (криміналізовано) декілька нових складів кримінальних правопорушень, посилено караність тих, що й раніше існували, змінені кваліфікуючі ознаки окремих кримінальних правопорушень, з'явилися нові обставини, що виключають кримінальну відповідальність за правомірне заподіяння ворогові шкоди тощо. Ще декілька десятків законопроектів про внесення змін до КК за час війни були зареєстровані у Верховній Раді й наразі знаходяться на різних етапах розгляду Парламентом.

Нарешті, ми не повинні забувати й про механізми реалізації кримінальної відповідальності тих, хто на нашій землі і проти нашого народу вчиняє агресію, геноцид, порушення законів і звичаїв війни, інші злочини проти миру й безпеки людства. Пам'ятаємо, що такі механізми можуть бути і будуть не лише національними, а й міжнародними. Я не знаю, та й ніхто наразі не знає, чи буде це процес у Міжнародному Кримінальному Суді, чи будуть це спеціальні військові Трибунали на зразок Нюрнберзького. Але всі ми твердо впевнені, що жоден злочинець не уникне кримінальної відповідальності за свої діяння і вже сьогодні ми маємо обговорювати і утверджувати наукове підґрунтя для цього.

Всі ці і низка інших викликів, які перед кримінальним правом, поставила війна, є предметом обговорення учасників цієї наукової конференції. Я щиро дякую колегам з моєї рідної кафедри кримінального права, які ініціювали й організували проведення цього вкрай своєчасного й актуального наукового заходу. Він є одним з перших таких заходів в Україні і, я переконаний, цілком може стати початком цілої серії круглих столів з проблематики воєнного кримінального права, які може організувати наша кафедра. Я щиро дякую всім науковцям, які попри складнощі військового стану знайшли можливість долучитися до участі в роботі нинішнього круглого столу. Я щиро зичу всім нам сьогодні плідної роботи, а на прийдешнє – нашої якнайшвидшої перемоги у війні, миру, щастя й добробуту!

I. ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ НОВЕЛІЗАЦІЇ КК УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

*Баулін Ю. В.,
д.ю.н., професор,
професор кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
голова Робочої групи з питань розвитку
кримінального права
Комісії з питань правової реформи при
Президентові України*

ВОЄННО-КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ, ЮРИДИЧНА ФОРМА

1. Війна РФ проти України докорінним чином змінила життя всієї країни. Для впорядкування нових відносин, що викликані війною, вносяться численні зміни до чинного законодавства. Аналіз лише назв законів, що були ухвалені Верховною Радою України з 24 лютого цього року, дає підстави для висновку, що ці закони впорядковують велику кількість нових відносин у різних сферах нашого життя. Систематизація цих законів, що була проведена відповідно до відомого поділу системи права на регулятивну та охоронну підсистеми, дала можливість виділити 15 найбільш типових категорій суспільних відносин, правове регулювання яких було піддане змінам і доповненням в умовах воєнного стану, а саме:

1) Військовий обов'язок та військова служба, у тому числі визначення статусу окремих категорій осіб, що беруть участь у захисті України, медична допомога військовослужбовцям та їх сім'ям, їх пенсійне забезпечення тощо.

2) Функціонування та охорона органів державної влади і місцевого самоврядування, їх посадових осіб.

3) Бюджет і податки, адміністрування податків, забезпечення державних гарантій.

4) Примусове вилучення об'єктів права власності держави-агресора, компенсація за знищене і пошкоджене майно.

5) Цивільний захист населення, охорона дітей, реабілітація осіб, постраждалих від воєнної агресії, статус зниклих безвісті.

6) Державна підтримка суб'єктів господарювання, у тому числі оренда державного майна, плата за користування надрами, регулювання земельних відносин, постачання сільськогосподарської продукції.

7) Діяльність банківської системи.

8) Організація роботи електронних комунікацій.

9) Соціальні послуги.

10) Трудові відносини.

11) Відносини у сфері освіти.

12) Забезпечення прав осіб, що перебувають на тимчасово окупованих територіях.

13) Забезпечення гарантій діяльності журналістів і ЗМІ.

14) Дотримання правил ведення війни, виконання міжнародних зобов'язань України.

15) Забезпечення функціонування правоохоронної системи та судової влади.

Звичайно, закони, що ухвалені, і ті, що подані на розгляд парламенту, врегульовують значно більше суспільних відносин, ніж зазначено вище, однак і наведений перелік дає наочне уявлення про надзвичайно широкий спектр нового правового регулювання під час війни.

2. Зміни та доповнення були внесені й до охоронної підсистеми законодавства (КУпАП та КК України). Зокрема, були внесені такі зміни та доповнення чинного КК України:

1) Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України (ст. 43–1)

2) Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінчення строків давності (ст. 49)

3) Позбавлення права обіймати певні посади або займатись певною діяльністю (ст. 55)

4) Призначення покарання за незакінчене кримінальне правопорушення та за кримінальне правопорушення, вчинене у співучасті (ст. 68)

5) Амністія (ст. 86)

6) Підстави для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру (ст. 96–3), ліквідація юридичної особи (ст. 96–9)

7) Державна зрада (ст. 111)

8) Колабораційна діяльність (ст. 111–1)

9) Пособництво державі-агресору (ст. 111–2)

10) Диверсія (ст. 113)

11) Несанкціоноване розповсюдження інформації про засоби протидії збройній агресії російської федерації (ст. 114–2)

12) Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної, регіональної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками (ст. 161)

13) Злочини проти власності (крадіжка (ст. 185), грабіж (ст. 186), розбій (ст. 187), вимагання (ст. 189), привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем (ст. 191))

14) Незаконне використання гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги (ст. 201–2)

15) Виключення кримінальної відповідальності за незаконне поводження зі вогнепальною та холодною зброєю, бойовими припасами або вибуховими речовинами (ч. 3 ст. 263)

16) Несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж (ст. 361)

17) Мародерство (ст. 432)

18) Образа честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю (ст. 435–1)

19) Виправдування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників (ст. 436–2)

Аналіз наведених змін та доповнень до чинного КК України дає підстави для висновку, що законодавець: 1) криміналізував нові суспільно небезпечні діяння, що з'явилися в умовах війни; 2) удосконалив ознаки окремих складів злочинів; 3) диференціював кримінальну відповідальність за злочини, вчинені в умовах воєнного стану; 4) передбачив нові обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, пов'язаного із заподіянням шкоди правоохоронюваним інтересам (захист від збройної агресії, бойовий імунітет (стаття 43–1 КК), добровільна здача зброї, бойових припасів, вибухових речовин або вибухових пристроїв (ч. 3 статті 263 КК, дотримання вимог Порядку пошуку та виявлення потенційних вразливостей при втручанні в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж (ч. 6 статті 361 КК)

Відомо, що не всі внесені зміни та доповнення до КК є досконалими, до деяких з них вже внесені відповідні зміни.

3. На розгляді Верховної Ради України знаходяться й інші законопроекти щодо внесення змін та доповнень до КК України, зокрема, такі проекти законів України:

1) про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини в умовах воєнного або надзвичайного стану.

2) про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за незаконне перетинання держаного кордону України під час дії воєнного стану.

3) про внесення змін до статті 332 Кримінального кодексу України (щодо підвищення відповідальності за незаконне переправлення осіб через державний кордон України під час дії правового режиму воєнного стану).

4) про внесення змін до Кримінального кодексу України та Закону України «Про правовий режим воєнного стану» щодо встановлення відповідальності за невиконання вимог закону щодо повернення в Україну після введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях.

5) про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо перешкоджання волонтерській діяльності.

6) про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом.

7) про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо звільнення від кримінальної відповідальності в період воєнного стану при добровільному відшкодуванні шкоди».

8) про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за порушення встановленого порядку поведження з іноземною валютою на території України

4. І хоча до цих законопроектів є питання щодо їх якості, але все ж таки головний висновок полягає в тому, що в період війни виникає величезний пласт правових відносин, які підлягають іншому правовому регулюванню у порівнянні із мирним часом. І тому вочевидь виникла нагальна потреба у формуванні воєнного права України як комплексної галузі законодавства, яке покликане врегулювати увесь комплекс відносин, які виникають під час війни і навіть після неї, але пов'язані з війною. Більше того, багато положень воєнного права можуть поширювати свою дію і на період ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту всередині України.

5. Воєнне право не є якимось новим правовим явищем в Україні і світі. Вже існує медичне, транспортне, екологічне право тощо. Вочевидь, що всі вони є комплексними галузями законодавства, які системно врегульовують всю сукупність правових відносин в певній сфері суспільного і державного життя. Точно так і воєнне право покликано врегулювати комплекс суспільних правових відносин, що виникають у період воєнного стану, війни і, в певних випадках, у післявоєнний період. Що стосується назви «воєнне право» (а фактично мова йде про воєнне законодавство), то це є данню традиції,

яка склалася спочатку у західних правових системах, а потім поступово перейшла і до вітчизняної правової системи.

Складові елементи воєнного права потребують поглибленого обговорення спеціалістами різних галузей права, але у будь-якому разі, на мій погляд, у воєнного права не повинно бути якоїсь вузької спеціалізації, наприклад, врегулювання лише військової організації держави, а це повинна бути між-галузева комплексна галузь законодавства, яка давала б можливість державі при оголошенні воєнного стану одразу задіяти складний механізм правового регулювання усього комплексу специфічних суспільних правових відносин в умовах війни. При цьому не слід як недооцінювати, так і переоцінювати можливості кримінально-правових засобів у протидії суспільно небезпечним явищам у період війни. Під час воєнного стану зберігає значення принцип «ultima ratio» для кримінального права, в той же час застосування норм кримінального права неможливо без врахування положень регулятивного права. Тому потребують об'єднання зусилля спеціалістів різних галузей права для формування повноцінного воєнного права України.

7. Немає сумніву, що складовою частиною воєнного права як комплексної галузі законодавства є воєнно-кримінальне право України. Майже тримісячний досвід протистояння озброєній агресії Росії свідчить про те, що держава виявилася певною мірою неготовою в правовому сенсі протистояти викликам війни, а тому на ходу, інколи з помилками, спішно вносила зміни до законодавства, у тому числі і до чинного КК. Саме тому державі треба заздалегідь мати таку галузь права як воєнно-кримінальне право, яка була б здатна регулювати кримінально-правовими засобами ті відносини, які виникають у зв'язку із війною. При цьому треба орієнтуватися і на перспективу, заглядаючи наперед з тим, щоб унормувати відносини, поява яких обґрунтовано очікується у майбутньому, враховуючи, у тому числі, і зарубіжний досвід врегулювання кримінально-правових відносин у воєнний час, а також зобов'язання України в сфері міжнародного гуманітарного і кримінального права.

8. Як можна визначити предмет воєнно-кримінального права України? Видається, що його предметом принаймні є три види відносин:

1) Відносини, які виникають із кримінальних правопорушень, вчинених під час воєнного стану, у тому числі особами, які здійснюють або підтримують збройну агресію проти України, зокрема, вчиняють такі злочини як геноцид, злочин агресії, злочини проти людяності і воєнні злочини, а також загально-кримінальні злочини;

2) Відносини, які виникають із факту відбування особами покарання або інших кримінально-правових заходів під час воєнного стану за кримінальні правопорушення, вчинені як до війни, так і під час воєнного стану;

3) Відносини, які виникають із факту заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам за наявності обставин, що виключають протиправність вчиненого діяння.

9. З'ясувавши предмет регулювання воєнно-кримінального права, звичайно, виникає наступне питання: якими кримінально-правовими засобами Кримінальний кодекс здатен врегулювати означені відносини? І тут можна виділити такі кримінально-правові засоби:

1) виключення кримінальної відповідальності за шкоду, заподіяну правоохоронюваним інтересам України, за наявності нових обставин, що виключають протиправність діяння (право на захист України від збройної агресії (ст. 43–1), бойовий імунітет, тощо);

2) звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які виявили бажання захищати Україну у складі Збройних сил;

3) особливості призначення покарання, у тому числі, спеціальних видів покарань (наприклад, новелізація такого покарання як направлення у дисциплінарний батальйон військовослужбовця);

4) звільнення від відбування покарання із випробуванням, у тому числі пов'язаному з направленням засудженої особи у бойову частину збройних сил України;

5) умовно-дострокове звільнення від подальшого відбування покарання осіб, які виявили бажання захищати Україну;

6) звільнення від кримінальної відповідальності, покарання та його відбування осіб, які виявили бажання захищати Україну, на підставі актів амністії та помилування ;

7) дострокове зняття судимості;

8) криміналізація нових суспільно небезпечних діянь та диференціація кримінальної відповідальності за окремі злочини, що вчиняються в умовах воєнного стану

10. Зазначені кримінально-правові засоби можна об'єднати в такі інститути Кримінального Кодексу:

Інститути Загальної частини:

1) кримінальний закон;

2) обставини, що виключають протиправність діяння;

3) звільнення від кримінальної відповідальності;

4) види покарань;

- 5) призначення покарання;
- 6) звільнення від покарання та його відбування;
- 7) амністія та помилування;
- 8) судимість

Інститути Особливої частини:

- 1) злочини проти основ національної безпеки України;
- 2) військові злочини;
- 3) злочини проти міжнародного гуманітарного права;
- 4) злочини у сфері використання інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж;
- 5) загальнокримінальні злочини.

11. І, нарешті, виникає закономірно питання, в яку юридичну форму можна втілити приписи воєнно-кримінального законодавства? Відомо, що вітчизняній правовій системі притаманний принцип монізму кримінального законодавства, хоча в останній час нерідко допускаються відступи від цього принципу, коли кримінально-правові норми знаходять своє місце в КПК і КВК України. Згідно із статтею 3 чинного КК України законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний Кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності. Кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Виходячи із зазначених положень, можна зробити висновок, що відповідно до чинного КК воєнно-кримінальне законодавство України може бути лише частиною чинного КК України, а саме: 1) його приписи можуть бути розпорозені по інститутам чинного КК України (таким шляхом йде законодавець і Робоча група з питань розвитку кримінального права, яка напрацьовує проєкт нового КК України) і 2) приписи воєнно-кримінального права можуть бути сконцентровані в окремій частині чинного КК, наприклад, у Воєнній частині, поряд із Загальною та Особливою частинами КК. У Воєнній частині можна було б об'єднати усі приписи, які врегульовують воєнно-кримінальні відносини, у тому числі питання зупинення дії окремих положень КК на період воєнного стану, виключення із загальних правил,

передбачених у чинному КК для мирного часу, тощо. В той же час у частині КК «Прикінцеві та перехідні положення» можна передбачити, що положення Воєнної частини КК починають діяти, наприклад, з моменту оголошення воєнного стану в державі тощо.

Пономаренко Ю. А.,
д.ю.н., доцент,
завідувач кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
член Робочої групи з питань розвитку
кримінального права
Комісії з питань правової реформи при
Президентові України

ОСНОВНІ ВИКЛИКИ, ЩО ПОСТАЛИ ПЕРЕД КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ З ПОЧАТКОМ ШИРОКОМАСШТАБНОЇ ФАЗИ ВІЙНИ, ТА ВІДПОВІДІ ЗАКОНОДАВЦЯ НА НИХ

Агресивна війна, яку Росія в гібридній формі розв'язала проти нашої країни ще 20 лютого 2014 р., і яку з 24 лютого 2022 р. перевела у форму широкомасштабного вторгнення, без перебільшення стала найважчим викликом для України з часів відновлення її незалежності. Безумовно, що головне реагування на цей виклик дають Збройні Сили та інші військові формування України, десятки тисяч добровольців, що взяли зброю до рук, сотні тисяч волонтерів, які забезпечували фронт і тил, мільйони українців, в Україні і не в Україні суцільних, які зупиняють і знищують ворога. Але будь-яка війна – це не лише виклики на полі брані, це й істотні виклики перед економікою країни, її суспільним устроєм, політичним ладом, системами внутрішнього управління, міцністю зовнішніх зв'язків та ін. Окрім того, будь-яка війна, поготові і сучасна, висуває виклики, на які має дати відповіді правова система держави, у тому числі – її система кримінальної юстиції загалом і норми кримінального права – зокрема.

Переведення війни у широкомасштабну фазу поставило перед українським кримінальним правом і такі виклики, відповіді на які або об'єктивно були відсутні у чинній на 24 лютого редакції КК, або не були віднайдені

у ній, або ж не задовольняли суспільство або владу. Відтак держава реагувала на ці виклики шляхом внесення змін і доповнень до КК України. Звертає на себе увагу той факт, що після шаленої кримінальної законотворчості перших півтора місяців широкомасштабної війни (з 3 березня до 14 квітня прийнято 12 законів про внесення змін до КК), у наступні місяці не був прийнятий жоден такий закон. Хоча за період з 24 лютого і початку червня 2022 р. до Верховної Ради внесено і знаходяться на різних етапах розгляду близько 50 законів про внесення змін чи доповнень до КК.

Законами ж, які були прийняті у перші півтора місяці, і набрали чинності, Кодекс був доповнений сімома новими статтями (43–1, 111–1, 111–2, 114–2, 201–2, 435–1, 436–2), а також новим п. 22 Прикінцевих і перехідних положень. Крім того, 19 статей зазнали змін: 49, 55 (двічі), 68, 86, 96–3 (двічі), 96–9, 111 (нова редакція), 113 (нова редакція), 114–2 (введена вже під час широкомасштабної фази війни), 161, 185, 186, 187, 189, 191, 263, 361 (нова редакція), 361–1, 432.

Кримінально-правові новели періоду воєнного стану стали відповідями на сім основних викликів, що їх поставила широкомасштабна фаза війни.

Перший виклик – необхідність посилення кримінально-правового захисту основ національної безпеки України. Оскільки й офіційно заявлені росією цілі її «спецоперації», а більше того – хоч і замовчувані нею, але цілком очевидні, цілі цієї війни, ґрунтуються на невизнанні політичної правосуб'єктності української нації, постала нагальна потреба кримінально-правового захисту, передусім, основ національної безпеки України. Відтак перший блок новел, привнесених до КК, це зміни та доповнення положень розділу I його Особливої частини. Зокрема: викладені в нових редакціях статті 111 (Державна зрада) і 113 (Диверсія) та додані нові статті 111–1 (Колaboraційна діяльність), 111–2 (Пособництво державі-агресору) і 114–2 (Несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану).

Зміни в статтях 111 і 113 не отримали широкого резонансу, бо, зрештою, зводилися до виділення (у ст. 111) чи встановлення (у ст. 113) кваліфікованого складу відповідних злочинів: вчинення їх в умовах воєнного стану (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 113). Певну увагу до себе привернули санкції цих нових частин – позбавлення волі строком на 15 років або довічне позбавлення волі. Але ні абсолютно визначений строк позбавлення волі, ні встановлення до-

вічного позбавлення волі за злочин, не пов'язаний з умисним посяганням на життя іншої людини, вже не є унікальним для нашого законодавства.

Поява ж нових складів злочинів, передбачених ст.ст. 111–1, 111–2 стала проявом тенденції до «розукрупнення» складу державної зради, тобто до виділення зі ст. 111 окремих форм діянь, що досі визнавалися державною зрадою, але нині законодавець усвідомлено чи не усвідомлено виносить їх до самостійних складів. Принципово цю тенденцію вважаю обґрунтованою, бо нашому законодавству давно вже слід було відійти від пострадянської традиції вважати державною зрадою будь-яку взаємодію з ворогом під час війни. Проте в окремих моментах законодавець створив додаткові проблеми розмежування злочинів, передбачених згаданими статтями, як між собою, так і зі складом державної зради.

Першим кроком до розукрупнення державної зради стало виділення складу колабораційної діяльності (ст. 111–1, набрала чинності в 00.00 16 березня). Слід зазначити, що ця стаття стала достатньо еkleктичною за своєю конструкцією: увібрала у себе декілька різних форм діянь (за великим рахунком – не всі з них є колаборантськими за своєю природою, проте це питання я наразі не піднімаю). При чому не всі з них були виділені зі складу державної зради – окремі форми діянь були криміналізовані вперше (наприклад, передбачені ч. 1 і 3 ст. 111–1). До тих же, які перестали вважатися державною зрадою і були віднесені до колабораційної діяльності, належать такі форми умисної поведінки:

1) добровільне зайняття громадянином України посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора (ч. 2 ст. 111–1);

2) передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора, та/або провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, у тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора (ч. 4 ст. 111–1);

3) добровільне зайняття громадянином України посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора, або добровільне обрання до таких органів, а також участь в організації та про-

веденні незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території або публічні заклики до проведення таких незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території (ч. 5 ст. 111–1);

4) організація та проведення заходів політичного характеру, здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою-агресором та/або його окупаційною адміністрацією, спрямованих на підтримку держави-агресора, її окупаційної адміністрації чи збройних формувань та/або на уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України, за відсутності ознак державної зради, активна участь у таких заходах (ч. 6 ст. 111–1);

5) добровільне зайняття громадянином України посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, а також добровільна участь громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора чи надання таким формуванням допомоги у веденні бойових дій проти Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, добровольчих формувань, що були утворені або самоорганізовувалися для захисту незалежності, суверенітету та територіальної цілісності України (ч. 7 ст. 111–1).

До набрання чинності ст. 111–1 всі ці діяння підлягали кваліфікації за ст. 111 як державна зрада у формі переходу на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту, а в окремих випадках – і у формі надання допомоги іноземній державі, іноземній організації чи їх представникам у проведенні підривної діяльності проти України.

Оскільки санкції частин 2, 4, 5, 6 і 7 ст. 111–1, що передбачають відповідальність за ці форми колабораціонізму, є м'якшими за санкцію ч. 2 ст. 111, то загалом можна позитивно оцінити пом'якшення відповідальності за колабораціонізм під час війни, порівняно з відповідальністю за державну зраду під час війни. Водночас, постає питання про те, які ж тепер діяння, oprіч тих які стали колабораціонізмом, залишилися у таких формах державної зради як перехід на бік ворога чи надання йому сприяння в проведенні підривної діяльності проти України? Уявляється, що передусім це є ті самі діяння, але вчинені громадянином України на неокупованих територіях України чи у зарубіжних державах. Тобто не там, де над особою нависає загроза, яка виходить від окупаційних властей. Саме вона, ця загроза, мабуть і пояснює відмінність у караності колабораціонізму і державної зради.

Опівночі з 22 на 23 квітня набрала чинності стаття 111–2, що увійшла в колізію не лише з «материнською» для неї державною зрадою (ст. 111), але

й з «сестринською» колабораційною діяльністю (ст. 111–1). Адже «умисні дії, спрямовані на допомогу державі-агресору (пособництво), збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора, вчинені громадянином України ... з метою завдання шкоди Україні» могли бути кваліфіковані і як перехід на бік ворога чи надання йому допомоги у проведенні підривної діяльності проти України (ст. 111), і як деякі форми колабораціонізму (принаймні, передбачені ч. 4, 5, 6 ст. 111–1). Відтак постала проблема відмежування складу злочину, передбаченого ст. 111–2, як від державної зради, так і від колабораційної діяльності.

Видається, що правила такого розмежування не можуть бути в обох випадках однаковими. Зокрема, для подолання колізії зі ст. 111 слід застосовувати передусім, правило *lex specialis derogat generali*, а разом з ним – і *lex posterior derogat priori*. Пособництво державі-агресору, вочевидь, мислилося законодавцем як спеціально виділена форма діяння із державної зради, а тому закон про її виділення став і спеціальним, і наступним за часом законом. Відтак він повинен мати перевагу щодо ст. 111 КК. Натомість, такі правила важко буде застосувати для подолання колізії між ст. 111–2 і ч.ч. 4, 5 чи 6 ст. 111–1. Адже, з одного боку, обидві ці статті мали на меті розукрупнити державну зраду, тому будучи спеціальними щодо неї, не є спеціальними одна щодо одної. З іншого ж боку, правило про *lex posterior* мабуть не правильно буде застосовувати до законів, які прийняті з украї незначним проміжком часу. Все-таки це правило розраховане на відносно стабільне правове регулювання, де зміни є нечастими і вносяться осмислено. Тому подолання колізій між ст. 111–1 і 111–2 я б проводив за правилами *in dubio pro reo* і *non bis in idem*: в усіх випадках, коли скоєне особою діяння може бути водночас кваліфіковане за обома цими статтями, кваліфікував би його лише за однією з них, яка передбачає більш м'яку санкцію за скоєне. Зокрема: колізію частини 4, 5 чи 6 зі ст. 111–2 вирішував би на користь перших, позаяк вони мають більш м'які санкції.

Ще однією важливою новелою з цього блоку стало доповнення КК ст. 114–2, що передбачає відповідальність за несанкціоноване поширення інформації військово значимої інформації в умовах воєнного або надзвичайного стану (про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань). І якщо перші дві частини цієї статті, що передбачають основні склади кримінального правопорушення, хоч і є достатньо непростими для окреслення, але не породжують складних питань відмежування від тієї ж держав-

ної зради, то кваліфікований склад, передбачений ч. 3 ст. 114–2, поставив це питання настільки гостро, що навіть сам законодавець вимушений був на нього відповідати, вносячи окремими законом зміни до щойно введеної статті 114–2 КК.

Річ у тім, що інформація, яка є предметом злочинів, передбачених ч. 1 і 2 ст. 114–2, в окремих випадках може бути державною таємницею. Зокрема, якщо це «відомості про дислокацію, систему охорони, оборони, організаційно-штатну структуру, чисельність особового складу військових частин (установ) в особливий період (на воєнний час)» (п. 1.4.3. Зводу відомостей, що становлять державну таємницю); «Відомості про найменування, кількість, потребу, вартість озброєння (військової техніки, боєприпасів, спеціальних комплектувальних виробів, запасних частин та матеріалів до них) для потреб військових формувань (правоохоронних органів)» (п. 1.4.7.); «Відомості за сукупністю всіх показників про найменування, кількість озброєння (військової техніки, боєприпасів, спеціальних комплектувальних виробів, запасних частин та матеріалів до них), вартість, терміни (строки) постачання (проведення робіт, надання послуг з відновлення (ремонт) озброєння (військової техніки, боєприпасів, спеціальних комплектувальних виробів, запасних частин та матеріалів до них), місце поставки, що містяться в окремих договорах (контрактах), які укладаються для потреб військових формувань (правоохоронних органів, ДССЗЗІ) при їх функціонуванні в умовах правового режиму воєнного стану або особливого періоду» (п. 1.4.14) тощо.

Якщо така інформація поширюється з метою надання її державі, що здійснює збройну агресію проти України, або її представникам, або іншим незаконним збройним формуванням (ч. 3 ст. 114–2), то якраз і постає питання про відмежування її від державної зради у формі шпигунства (ст. 111) чи шпигунства, передбаченого ст. 114, про що й зазначив законодавець у доповненні, внесеному до цієї статті. Думається, що відмежування цього злочину від державної зради у формі шпигунства (ст. 111) і шпигунства як самостійного складу злочину (ст. 114) необхідно проводити залежно від того, чи:

- 1) становила поширена інформація державну таємницю, і
- 2) чи усвідомлювався цей факт особою, яка її поширила.

Якщо ця інформація належала до державної таємниці і особа, яка її поширювала, усвідомлювала цей факт, то передача такої інформації іноземній державі або її представнику становить собою державну зраду у формі шпигунства (ст. 111) або шпигунство (ст. 114), тягне відповідальність за вказаними статтями і виключає можливість притягнення особи до відповідальності за ст. 114–2.

Якщо ж поширювана інформація не належала до державної таємниці, то її передача громадянином України іноземній державі або її представникам може становити державну зраду у формі надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України лише за умови, що факт надання такої допомоги охоплювався умислом цієї особи і, крім того, вона мала на меті заподіяння шкоди суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України. У разі ж, якщо охоплення вказаного факту умислом суб'єкта не встановлене, або не встановлена названа мета його дій, то кваліфікація скоєного як державної зради виключається і особа підлягає відповідальності за ч. 3 ст. 114–2.

Другий виклик – необхідність унормування кримінальної відповідальності за міжнародні злочини. У тій формі, в якій війна з росією тривала від 20 лютого 2014 р. до 23 лютого 2022 р., вона далеко не всіма політиками, юристами, дослідниками розцінювалася як збройний конфлікт міжнародного характеру. Часто говорили про внутрішній збройний конфлікт з ознаками чи елементами міжнародного. Відтак часто ставилася під сумнів (зазначу: з мого погляду – абсолютно необґрунтовано!) сама можливість застосування статей розділу XX Особливої частини КК до діянь, вчинених у той період. На жаль, і українська слідча та судова практика йшли переважно шляхом кваліфікації їх як актів тероризму, а не як, наприклад, військових злочинів чи злочинів проти людяності. Звісно, що 24 лютого цього року всякі сумніви щодо природи збройного конфлікту (війни) з росією відпали, а тому перед кримінальним правом України постав і виклик щодо належного реагування на ці злочини.

З жалем доводиться констатувати, що держава належної відповіді на цей виклик не дала. Нею мав би стати закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (законопроект № 2689), який був прийнятий Верховною Радою України 20 травня 2021 р. і 07 червня 2021 року направлено на підпис Президентові України. Проте, Президент України всупереч ч. 2 ст. 94 Конституції України, не підписав і не оприлюднив цей закон, але й не застосував до нього право «вето». Законопроект «завис» між Верховною Радою України і Офісом Президента України і так і не став чинним законом. Поданий до Верховної Ради України 15 квітня 2022 р. проект закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України» (законопроект № 7290), який дослівно повторює законопроект № 2689 в частині заміни статей розділу XX Особливої частини

КК, за станом на червень 2022 р., попри його виключну актуальність, все ще знаходиться на етапі попереднього розгляду в парламентських Комітетах.

Натомість, усі законодавчі новели в цій частині звелися до появи у розділі XX Особливої частини ст. 436–2 «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників», яка одразу ж вступила в колізію з ч. 1 ст. 111–1, якою Кодекс був доповнений у той же день. Тому буквально одразу ж почався і пошук ознак, за якими розмежовується публічне заперечення агресії, що підлягає кваліфікації за ч. 1 ст. 111–1 і ч. 1 ст. 436–2.

Позаяк ні *lex specialis derogat generali*, ні *lex posterior derogat priori* тут не можуть бути застосовані, через те, що жодна зі статей не є спеціальною щодо іншої і прийняті були в один день, розмежовувати відповідні склади кримінальних правопорушень слід за тими ознаками, якими вони обтяжені. Зокрема:

1) виправдовування або визнання агресії РФ правомірною без її заперечення охоплюється виключно складом, передбаченим за ст. 436–2, і не охоплюється складом, передбаченим ст. 111–1;

2) публічне заперечення агресії РФ, вчинене громадянином України, охоплюється складами, передбаченими обома статтями, а непублічне – виключно ст. 436–2;

3) заперечення агресії РФ, вчинене іноземцем або особою без громадянства, як публічно, так і не публічно, охоплюється виключно складом, передбаченим ст. 436–2;

4) публічне заперечення агресії будь-якої іншої держави (наприклад, Білорусі), вчинене громадянином України, охоплюється складом ст. 111–1, а непублічне, а так само виправдовування або визнання правомірною агресії будь-якої іншої держави, не пов'язане з її запереченням – не має складу кримінального правопорушення;

5) виправдовування, визнання правомірною, публічне або непублічне заперечення іноземцем або особою без громадянства агресії іншої, крім РФ, іноземної держави – не має складу кримінального правопорушення.

Є й інші розмежувальні ознаки цих складів.

Тому тільки у випадках, коли діяння особи одночасно підпадає під обидва склади (наприклад публічне заперечення агресії РФ, вчинене громадянином України), подолання колізій між ст. ч. 1 ст. 111–1 і ст. 436–2 вбачається за можливе через застосування правил *in dubio pro reo* і *non bis in idem*. Оскільки санкція ч. 1 ст. 111–1 є м'якшою за санкцію ч. 1 ст. 436–2, скоєне підлягає кваліфікації за першим з названих приписів.

Третій виклик – криміналізація нових форм суспільно небезпечних діянь в інших сферах. Широкомасштабна фаза війни породила і в інших сферах нові, раніше невідомі чи маловідомі форми суспільно небезпечних діянь, що поставило питання: чи охоплюються вони якоюсь з уже існуючих статей КК чи вимагають додаткової криміналізації? Зокрема, численні повідомлення в ЗМІ про неправомірне використання гуманітарної допомоги схилили законодавця до висновку про те, що таким діянням не можна протидіяти наявними нормами кримінального права і потрібне встановлення самостійної кримінальної відповідальності за них. Так з'явилася ст. 201–2 (Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги). Полишаючи поза межами цієї публікації питання про вдалість розміщення цієї статті у розділі VII Особливої частини (яким чином це діяння посягає на інтереси у сфері господарської діяльності?), зверну увагу на таке.

До появи ст. 201–2 продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання прибутку, кваліфікувалися б за відповідними частинами ст. 191 КК як привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем. Поява ж цієї нової статті поставила питання про:

1) невже законодавець мав на увазі пом'якшити основне покарання за неправомірне використання гуманітарної допомоги під час воєнного стану? Адже якби такі дії кваліфікувалися за ст. 191, то відповідно до її ч. 4 (як такі, що вчинені під час воєнного стану), каралися б позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років, тоді як за ч. 3 ст. 201–2 вони караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років. Більше того, якщо вартість предмета злочину перевищує 600 н.м.д.г., до за ч. 5 ст. 191 його привласнення, розтрата чи заволодіння ним каралися б позбавленням волі на строк від 7 до 12 років, а за ст. 201–2 – все одно мають кваліфікуватися за ч. 3 з її вище названою санкцією;

2) як слід кваліфікувати привласнення, розтрату чи заволодіння шляхом зловживання службовим становищем, вчинені стосовно гуманітарної допомоги вартістю до 350 н.м.д.г (мінімальний «поріг» за ст. 201–2)? Якщо їх кваліфікувати за ч. 4 ст. 191 КК, то тоді розтрата гуманітарної допомоги у меншому розмірі каратиметься суворіше, ніж її розтрата в більшому розмірі, що кваліфікована за ч. 3 ст. 201–2. Якщо ж припустити, що незаконне поводження з гуманітарною допомогою на суму до 350 н.м.д.г. декриміналізоване, то варто пам'ятати, що нині це суми до 434 175 грн.

Четвертий виклик – посилення відповідальності за загально кримінальні злочини та кримінальні проступки. Цілком очевидно, що в умовах воєнного стану істотно змінилася (зросла) суспільна небезпечність багатьох т.зв. «загально кримінальних» кримінальних правопорушень, що своєю чергою вимагало і пропорційної зміни їхньої караності. Передусім йдеться про кримінальні правопорушення проти власності: законодавець оперативно відгукнувся на непоодинокі повідомлення про резонансні випадки викрадання майна в умовах воєнного і стану і ще більш резонансні спроби повернення окремими громадянами собі *jus puniendi* для реагування на них. Відтак уже в першому «пулі» з шести законів про внесення змін до КК, прийнятих 3 березня, був і закон, яким частини четверті статей 185 (крадіжка), 186 (грабіж), 187 (розбій), 189 (вимагання), 191 (привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем) були доповнені кваліфікуючою ознакою вчинення цих кримінальних правопорушень «в умовах воєнного або надзвичайного стану». Варто наголосити, що йдеться саме про вчинення злочину «в умовах воєнного стану», а не «з використанням умов воєнного стану» (як у п. 1 ч. 1 ст. 67 КК), тому будь-який з названих злочинів проти власності, вчинений в Україні після 24 лютого, незалежно від місця, обстановки та інших ознак його вчинення, має кваліфікуватися за ч. 4 відповідної статті.

Відтак усі ці діяння, вчинені навіть у розмірах, які не великими або особливо великими, стали тяжкими злочинами, а розбій і вимагання – особливо тяжкими злочинами. Жоден випадок крадіжки, грабежу, розбою, вимагання, привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем, вчинений в умовах воєнного стану, не може бути кваліфікований за частинами 1, 2 або 3 статей 185, 186, 187, 189 чи 191 КК. «Базовими» для всіх цих злочинів є частини 4 згаданих статей і тільки вчинення в умовах воєнного стану крадіжки, грабежу, привласнення, розтрата чи заволодіння в особливо великому розмірі або організованою групою змінить кваліфікацію на ч. 5 відповідно статей 185, 186 чи 191 КК.

Істотне посилення караності цих злочинів проти власності (які, до речі, з року в рік становлять найбільший сегмент у структурі злочинності в Україні) не лише обтяжило інші кримінально-правові наслідки їх вчинення (неможливість звільнення від кримінальної відповідальності на підставі ст. ст. 45–48; подовження передбачених ст. 49 строків давності притягнення до кримінальної відповідальності; ускладнення можливостей звільнення від покарання, подовження строків погашення судимості тощо), а й потягло можливість застосування за кожен такий злочин кримінально-процесуальних

засобів, які можуть бути застосовані лише у разі вчинення тяжких чи особливо тяжких злочинів. Зокрема, це: збільшення розмірів застави як можливого запобіжного заходу (ч. 5 ст. 182 КПК) і полегшення підстав для тримання під вартою (ч. 2 ст. 183 КПК); можливість проведення тих негласних слідчих (розшукових) дій, що допустимі тільки в провадженнях щодо тяжких чи особливо тяжких злочинів (ч. 2 ст. 246 КПК) та ін.

Відтак постало цілком резонне питання про те, чи не «перегнув палицю» законодавець, так істотно посиливши кримінальну відповідальність за злочини проти власності? З мого погляду, попри побоювання неоднозначного сприйняття такого кроку з боку суспільства, все ж слід замислитися над можливим зниженням карантності, принаймні, крадіжки, привласнення, розтрати (а, можливо, і грабежа) до такого рівня, щоб вони з категорії тяжких злочинів перейшли до категорії нетяжких злочинів.

П'ятий виклик – необхідність кримінально-правового стимулювання соціальної активності громадян щодо заподіяння шкоди ворогові. Широкомасштабна фаза війни породила незнаний до того підйом патріотичних устремлінь Українського народу. При тому далеко не кожен його представник обмежив свій внесок у перемогу волонтерською діяльністю чи її підтримкою, забезпеченням функціонування економіки, соціальної сфери, владних інституцій тощо. Сотні і тисячі наших співвітчизників самостійно чи організовано чинять протидію ворогові шляхом заподіяння йому різних видів шкоди: від інформаційних атак і «культури скасування» усього, що пов'язано з рашизмом, до фізичного знищення окупантів, їхньої військової техніки та іншого майна.

Ніколи і ні в кого не викликало сумнівів правомірність заподіяння шкоди ворогові під час війни. Гуго Гроцій посилався аж на Еврипіда, який ще в V столітті до Р. Х. в одній зі своїх трагедій наводив *давню* грецьку приказку: «Чиста рука убивці ворога». Однак у наш час український законодавець раптом злякався, що українські суди можуть притягувати до кримінальної відповідальності українських громадян за шкоду, заподіяну агресорові. Щоб упередити це (але, передусім, мабуть, для того, щоб стимулювати громадян активніше шкодити ворогові) на початку широкомасштабної фази війни КК був доповнений двома новими обставинами, що виключають кримінальну відповідальність за заподіяння шкоди ворогові.

Спершу Прикінцеві і перехідні положення КК (далі – ППП) були доповнені п. 22 про те, що «цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог

Закону України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України»». Згодом Кодекс був доповнений статтею 43–1, згідно якої до обставин, що виключають т. зв. «кримінальну протиправність діяння» було віднесене виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України.

Наразі невідомо, чи за перші місяці чинності цих приписів органи судового розслідування або суди хоча б раз їх застосовували. Відтак і невідомо, з якими проблемами вони стикалися чи могли зіткнутися при їх тлумаченні. Однак вже перші оцінки, надані цим приписам українськими криміналістами у соціальних мережах і на наукових заходах, свідчать про закладений у них великий потенціал загроз для належного правозастосування і прихований резерв можливостей для порушення прав людини.

З мого погляду, новели щодо обставин, які виключають кримінальне правопорушення, в умовах воєнного стану, співвідносяться між собою як загальний (ст. 43–1) і спеціальний (п. 22 ППП) приписи. Своєю чергою, є підстави порушити питання про те, що положення ст. 43–1 мають співвідноситися як спеціальні із ще більш загальними положеннями ст. 36 КК, але воно потребує окремого дослідження. При цьому, маю відзначити, що доповнюючи Кодекс ст. 43–1 і п. 22 ППП законодавець припустився низки не лише формальних, а й змістовних неточностей, які, вочевидь, були обумовлені як поспішністю прийняття відповідних законів, так і загальною надвисоконапруженою ситуацією в країні у цей час. Головною серед таких неточностей, як видається, є положення ч. 4 ст. 43–1 КК про те, що «Не вважається виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України діяння (дія або бездіяльність), спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, яке явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування, не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу». Передусім, цікавим є набір ознак несхвалюваного законом діяння. Воно (саме діяння, а не заподіяна ним шкода!) повинно володіти сукупно трьома ознаками:

- 1) явно не відповідати:
 - а) небезпечності агресії або
 - б) обстановці відсічі та стримування,
- 2) не бути необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та

З) створити загрозу:

а) для життя інших людей

б) екологічної катастрофи чи

в) настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

Важко уявити, яке діяння щодо опору та відсічі агресору (та і яка шкода, заподіяна агресорові), що їх можуть вчинити (заподіяти) цивільні особи (а ст. 43–1 попри її назву розрахована саме на них!), може не відповідати небезпечності агресії проти України. Важко уявити й таку обстановку відсічі та стримування агресії, якій може не відповідати таке діяння цивільної особи. Не вистачає уяви й для того, щоб змодельювати те діяння, яке не буде необхідним «для досягнення значної суспільно корисної мети» (а саме такою метою і є захист Батьківщини) «у конкретній ситуації» відсічі агресорові. Ну і, нарешті, якщо діяння, яким заподіюється шкода агресорові, одночасно створює «загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу [більшого за кого чи за що? – Ю. П.]», то факт створення цієї загрози, з одного боку, не скасовує правомірності заподіяння шкоди агресорові, а з іншого – може бути самостійною підставою кримінальної відповідальності, якщо містить склад самостійного кримінального правопорушення.

Видається, що ч. 4 ст. 34–1 КК становить собою конгломерат слів і словосполучень, наслідком яких є інші статті розділу VIII Загальної частини КК, еkleктично поєднаних у текст, що не лише теоретично нечитабельний, але й практично не може бути застосований без порушення прав людини. А відтак можу прийти до висновку, що жодних обмежень на обсяг шкоди (кількість убитих чи поранених агресорів, кількість чи вартість знищеного їхнього майна) ні ст. 43–1, ні п. 22 ППП не встановлюють. Зрештою, це й не дивно, оскільки держава має заохочувати заподіяння якомога більшої шкоди агресорові задля пришвидшення перемоги над ним. Тому правомірним слід вважати заподіяння смерті чи тілесних ушкоджень будь-якій кількості агресорів, знищення чи пошкодження будь-якої кількості майна агресора. Інакше кажучи: перевищення меж заподіяння шкоди при захисті України від агресії є неможливим.

Саме тому вважаю, що з огляду на низку суперечностей, неоднозначностей і прогалин, закладених до ст. 43–1 і п. 22 ППП КК, їхнє можливе правозастосовне тлумачення повинно здійснюватися виключно в інтересах особи, яка захищала Україну. Зокрема, мають бути максимально широко тлумачені положення про підставу, ознаки і межі правомірного заподіяння шкоди во-

рогові. З іншого боку, має бути абсолютно неприпустимим таке тлумачення, в результаті якого буде встановлена можливість перевищення меж заподіяння шкоди агресорові.

Шостий виклик – це необхідність модифікації чинної системи кримінально-правових засобів. Система кримінально-правових засобів, з якими Україна увійшла у фазу широкомасштабної війни, в цілому залишається стабільною під час цієї фази і, вочевидь, збережеться до її закінчення. Наразі законодавець не вніс і, наскільки відомо, не має наміру вносити кардинальних змін до неї. Водночас, низки точкових змін, як правило – похідних від змін у статтях Особливої частини, що описані вище, ця система таки зазнала.

Найбільш значимою серед цих новацій стало встановлення додаткових винятків щодо строку покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Відповідно до абз. 5 ч. 1 ст. 55 цей вид покарання в якості основного або додаткового «за вчинення кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України, передбачених статтями 111–1, 111–2 цього Кодексу, призначається на строк від десяти до п'ятнадцяти років». Саме на такі строки воно і встановлене у санкціях згаданих статей, при чому якщо в санкції ст. 111–2 – як додаткове, то в санкціях ч. 1 і ч. 2 ст. 111–1 – як безальтернативне основне. Останнє, зокрема поставило цілу низку проблемних питань, пов'язаних з тлумаченням і застосуванням цих санкцій.

По-перше, багато дослідників звернули увагу на грубу законодавчу помилку, адже навіть і при таких розмірах позбавлення права лишається «покаранням, не пов'язаним з позбавленням волі», а значить наявність у санкції тільки його свідчить про те, що діяння є кримінальним проступком. Натомість, згідно назви розділу I усі передбачені ним кримінальні правопорушення мають бути виключно злочинами. Більше того, в ч. 2 ст. 111–1 позбавлення права поєднане з додатковим покаранням у виді конфіскації майна, яка відповідно до ч. 2 ст. 59 також може бути встановлена лише за *злочини* проти основ національної безпеки України. Тож навіть якщо не перейматися проблемою вирішення колізії між назвою розділу і змістом санкції однієї зі статей, які до нього входять, у будь-якому разі доведеться констатувати неможливість призначення конфіскації майна за ч. 2 ст. 111–2, через її встановлення всупереч вимогам статті Загальної частини.

По-друге, наявність у санкціях ч. 1 і 2 ст. 111–1 безальтернативного позбавлення права як основного покарання актуалізувало питання про суб'єкта

кримінальних проступків, передбачених цими приписами. Якщо виходити з того, що позбавлення права може бути призначене лише особі, яка вчинила кримінальне правопорушення при обійманні певної посади або зайнятті певним видом діяльності, то треба буде прийти до висновку про те, що згадане в ч. 1 і 2 ст. 111–1 громадянство України не є єдиною ознакою спеціального суб'єкта цих діянь. Вочевидь, треба буде вважати, що такий суб'єкт, окрім того, ще й має обіймати певну посаду чи займатися певним видом діяльності, у зв'язку з чим і вчинить свої колаборантські діяння. Відтак послідує і протилежний висновок: що суб'єктом цих кримінальних проступків не може бути особа, яка таких посад не обіймає чи видів діяльності не здійснює, або ж обіймає чи здійснює їх незаконно. Проте допустиме й протилежне тлумачення, яке не зовсім узгоджується з усталеною судовою практикою, але прямо не суперечить ст. 55 КК. Можна вважати, що така особа може бути позбавлена права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю «превентивно» на майбутнє, незалежно від того, чи були пов'язані її колаборантські дії з певною посадою чи певними видами діяльності. Щоправда, в такому разі постає резонне питання про те, права на обіймання яких посад чи зайняття якими видами діяльності особа має бути позбавлена?

По-третє, слід звернути увагу на неможливість призначення цього виду покарання на строк менше 10 років, навіть на підставі ст. 69 КК. Цей висновок випливає з того, що для кримінальних правопорушень, передбачених ст. 111–1, 10 років позбавлення права і є тим мінімальним розміром для цього виду покарання, що передбачений статтею Загальної частини КК. Загальне правило про строк в межах від 2 до 5 років цього виду покарання на це кримінальне правопорушення не поширюється. Тому при встановленні підстав для застосування ст. 69, суд може лише перейти до єдиного основного виду покарання, що є більш м'яким, ніж позбавлення права, – до штрафу – і призначити його в межах від 30 до 50000 н.м.д.г.

Окрім того, певні зміни відбулися в таких кримінально-правових засобах, які нині називаються «заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» (ст. 96–3 і 96–9), але ці засоби і до широкомасштабної фази війни не мали широкої практики застосування. Тим паче, можлива ліквідація юридичної особи у разі вчинення її уповноваженою особою колабораційної діяльності, навряд чи набуде широкого застосування зараз, з огляду на те, що акти колабораційної діяльності переважно вчиняються на окупованих територіях, де українські юридичні особи можуть бути ліквідовані й без використання засобів кримінального права, а «юридичні особи» створені окупантами, не визнаються нашим законодавством.

Сьомий виклик – зміни в правилах застосування кримінально-правових засобів. Початок широкомасштабної фази війни обумовив не лише посилення кримінально-правових засобів-установлень, але й зжорсточення кримінально-правових засобів-діянь, тобто – правил застосування, незастосування чи заміни засобів-установлень. Попри те, що зжорсточення цих правил явно було основним лейтмотивом цих змін, проте насправді воно відбулося не завжди. Зокрема, змін зазнали три правила застосування кримінально-правових засобів.

По-перше, дотримуючись запровадженого ще в 2014 році правила про незастосування строків давності притягнення до кримінальної відповідальності не лише за ті міжнародні злочини, для яких це передбачено відповідними міжнародними договорами, а й за злочини проти основ національної безпеки України, законодавець, доповнюючи розділ I Особливої частини новими статтям, водночас доповнював згадками про них ч. 5 ст. 49 КК. Тут знову треба звернути увагу на проблему ч. 1 і 2 ст. 111–1. Позаяк ч. 5 ст. 49 передбачене незастосування строків давності лише за *злочини* проти основ національної безпеки, то варто дійти висновку, що за кримінальні проступки проти основ національної безпеки, передбачені згаданими приписами, встановлені дворічні строки давності (п. 1 ч. 1 ст. 49).

По-друге, дотримуючись іншого правила, запровадженого у 2016 р., – про можливість призначення довічного позбавлення волі за готування до і замах на злочини проти основ національної безпеки України – законодавець так само послідовно доповнював згадками про нові статті з цього розділу і ч. 4 ст. 68 КК. Втім, і тут, на жаль, не обійшлося без курйозів: у ч. 4 ст. 68 прямо вказується на можливість призначення довічного позбавлення волі за злочин, передбачений ст. 114–2, тоді як жодна з санкцій трьох частин цієї статті такого виду покарання не передбачає.

По-третє, мабуть маючи на увазі погіршення становища осіб, засуджених за державну зраду чи диверсію, законодавець додав згадку про ці два злочини до ч. 4 ст. 86 КК, що передбачає перелік кримінальних правопорушень, при вчиненні яких особа може бути на підставі закону про амністію звільнена від відбування покарання після фактичного відбуття строків, встановлених ч. 3 ст. 81 КК. Для умисних особливо тяжких злочинів, якими є державна зрада і диверсія, це три четверті строку призначеного судом покарання. Втім, реально відбулося не посилення, а, навпаки, пом'якшення правил застосування амністії до таких осіб. Бо до цих змін у ст. 86 КК, відповідно до п. «г» ч. 1 ст. 4 закону «Про застосування амніс-

тії в Україні» до осіб, засуджених за злочини проти основ національної безпеки України, амністія не застосовувалася взагалі. Відтепер же до засуджених за державну зраду чи диверсію її можна застосувати по відбуттю особою трьох четвертей призначеного їй покарання. До засуджених за інші злочини проти основ національної безпеки (у тому числі менш суспільно небезпечні, наприклад – колабораційну діяльність) – її й надалі не можна застосовувати за жодних умов.

Викладене дає підстави для таких висновків:

1. З початком широкомасштабної фази війни росії проти України перед нашим кримінальним законодавством постала ціла низка нових викликів, що стосувалися багатьох його інститутів, як Загальної, так і Особливої частини;

2. У перші тижні широкомасштабної війни законодавець здійснював активну законотворчу діяльність у сфері кримінального права, намагаючись максимально оперативно реагувати як на дійсні, так і на уявлені ним виклики, що постали перед кримінальним правом. Проте після середини квітня його активність у цій сфері звелася до нуля;

3. Дуже незначна кількість новел, що були привнесені до КК України за час воєнного стану, можуть бути однозначно схвалені і є такими, що спрямовані на однозначне поліпшення кримінально-правових норм. Більшість же поспіхом прийнятих новел створили колізії з іншими нормами кримінального права, часто стали необґрунтованими спеціальними складами, викликали інші складнощі їхнього практичного застосування;

4. На основні виклики воєнного стану кримінальне законодавство України досі не має належних відповідей, а саме: маємо суттєві неузгодженості між статтями розділу I «Злочини проти основ національної безпеки України» і не маємо досі належного (такого, що відповідало б положенням Римського статуту МКС) унормування кримінальної відповідальності за міжнародні злочини у розділі XX «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку»;

5. Накопичений досвід кримінально-правової законотворчості протягом перших місяців широкомасштабної війни, а ще більше – досвід практичного застосування норм кримінального права під час воєнного стану в країні, а поготів – напрацювання українських кримінологів і пенологів за цей час, є тим підґрунтям, на основі якого має бути створена оптимальна модель воєнно-кримінального права України, що матиме відповіді на всі виклики, що їх породжує війна.

Киричко В. М.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ПРО ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, ОБУМОВЛЕНІ ВОЄННИМ СТАНОМ, ТА ЇХ ВІДОБРАЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Указом Президента України від 24 лютого 2022 р. №64/2022 в Україні був введений воєнний стан. Указ був затверджений Законом України від 24 лютого 2022 р. №2102-ІХ. Як зазначено в Указі, воєнний стан введений «у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України». У таких умовах відразу важливого значення набуло питання про зміст кримінально-правових норм, пов'язаних з воєнним станом, про їх відповідність чи невідповідність фактичним умовам воєнного стану. Ключовим в цій кримінально-правовій проблематиці, як вбачається, є питання про особливості кримінального права України, обумовлені воєнним станом, та їх відображення в Кримінальному кодексі України (далі – КК) в реальності та в майбутньому.

У чинному КК про особливості змісту кримінально-правових норм, обумовленого воєнним станом, йдеться у Загальній і Особливій частинах КК. У теоретичному аналізі таких норм вбачається правильною така логічна послідовність розгляду питань: 1) про який фактичний зв'язок кримінально протиправного діяння з воєнним станом йдеться; 2) яке кримінально-правове значення має такий зв'язок; 3) наскільки таке правове значення обумовлено саме фактичним зв'язком діяння з воєнним станом. У КК відображений різний фактичний зв'язок діяння з воєнним станом, що дозволяє виділити і проаналізувати наступні його основні види.

По-перше, це вчинення кримінально протиправного діяння з використанням умов воєнного стану. Таке формулювання має більш вузький зміст порівняно із словосполученням «вчинення кримінально протиправного діяння в умовах воєнного стану». Використання суб'єктом кримінального правопорушення умов воєнного стану охоплює собою всі випадки, коли з появою воєнного стану виникають умови, яких не було до воєнного стану, і які сприяють вчиненню певного кримінального правопорушення, напри-

клад, викрадення із пошкодженого бомбардуванням приміщення особливо важливих офіційних документів. У чинному КК такому зв'язку надається значення обставини, яка може враховуватися судом як обтяжуюча при призначенні покарання за «вчинення злочину з використанням умов воєнного стану» (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК). Як вбачається, така обставина за своїм характером є такою, що повинна визнаватися обтяжуючою також у випадках вчинення кримінальних проступків, тобто будь-якого кримінального правопорушення, для чого необхідно в п. 11 ч. 1 ст. 67 КК слово «злочину» замінити на «кримінального правопорушення». Крім того, сумнівною виглядає «факультативність» визнання судом зазначеної обставини обтяжуючою «залежно від характеру вчиненого кримінального правопорушення», яка впливає з положень ч. 2 ст. 67 КК. Використання умов воєнного стану для вчинення будь-якого виду кримінального правопорушення у всіх випадках зберігає свою негативну оцінку.

По-друге, це вчинення в умовах воєнного стану діяння, яке визнається кримінально протиправним не лише в таких умовах. Про такі діяння та їх фактичний зв'язок з воєнним станом ідеться в багатьох статтях Особливої частини КК. Це визнається обставиною, що підвищує ступінь суспільної небезпечності (тяжкості) відповідного кримінально протиправного діяння та його караність. Таке діяння кваліфікується як вчинене в умовах воєнного стану за відповідною частиною статті Особливої частини КК, в якій законодавець передбачив більш суворе покарання з урахуванням зазначеної обставини.

До введення в Україні воєнного стану вчинення кримінально протиправного діяння в умовах воєнного стану було передбачено як кваліфікуюча ознака, що обтяжує покарання, головним чином у статтях КК про кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби. Зокрема це: ч. 4 ст. 402 «Непоко́ра», ч. 3 ст. 403 «Невиконання наказу», ч. 4 ст. 404 «Опір начальникові або примушування його до порушення службових обов'язків», ч. 4 ст. 405 «Погроза або насильство щодо начальника», ч. 5 ст. 407 «Самовільне залишення військової частини або місця служби», ч. 4 ст. 408 «Дезертирство», ч. 4 ст. 409 «Ухилення від військової служби шляхом самокалічення або іншим способом», ч. 4 ст. 410 «Викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим становищем», ч. 4 ст. 411 «Умисне знищення або пошкодження військового майна», ч. 3 ст. 413

«Втрата військового майна», ч. 3 ст. 418 «Порушення статутних правил вартової служби чи патрулювання», ч. 3 ст. 419 «Порушення правил несення прикордонної служби», ч. 3 ст. 420 «Порушення правил несення бойового чергування», ч. 3 ст. 421 «Порушення статутних правил внутрішньої служби», ч. 4 ст. 425 «Недбале ставлення до військової служби», ч. 4 ст. 426 «Бездіяльність військової влади», ч. 5 ст. 426¹ «Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень», ч. 3 ст. 428 «Залишення гинучого військового корабля», ч. 2 ст. 435 «Незаконне використання символики Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею».

Після ведення воєнного стану в Україні законодавець передбачив зазначену кваліфікуючу ознаку також в наступних статтях, розміщених в інших розділах Особливої частини КК: ч. 2 ст. 111 «Державна зрада», ч. 2 ст. 113 «Диверсія», ч. 4 ст. 185 «Крадіжка», ч. 4 ст. 186 «Грабіж», ч. 4 ст. 187 «Розбій», ч. 4 ст. 189 «Вимагання», ч. 4 ст. 191 «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем», ч. 3 ст. 201² «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги», ч. 5 ст. 361 «Несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж».

Порівняно з розглянутою обставиною «вчинення злочину з використанням умов воєнного стану» (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК) ця обставина має такі особливості: 1) вона має більш широкий зміст; 2) вона стосується лише тих видів правопорушень (злочинів або кримінальних проступків), до складів яких вона включена як кваліфікуюча ознака; 3) вона впливає на кваліфікацію діянь; 4) посилення покарання має не факультативний, а обов'язковий характер; 5) межі посилення покарання визначені законодавцем в санкціях статей Особливої частини КК.

Розглядувана кваліфікуюча ознака, як вбачається, потребує більш глибокого теоретичного аналізу, зокрема важливо правильно визначити які критерії в цих випадках обумовлюють підвищення ступеня суспільної небезпечності (тяжкості) діяння та його караність, а також межі такого посилення покарання. Показовим підтвердженням актуальності цих питань є аналіз кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби, які мають єдиний родовий об'єкт, що дозволяє порівнювати законодавчу оцінку збільшення суспільної небезпечності (тяжкості) різних видів діянь, вчинених в умовах воєнного стану. Якщо порівню-

вати з діяннями, що входять до основних складів, то посилення покарання у вигляді позбавлення волі за вчинення тих самих діянь в умовах воєнного стану становить: на 2 роки – в п’яти складах, на 3 роки – в двох складах, на 5 років – в двох складах, на 7 років – у восьми складах, на 8 років – у двох складах військових кримінальних правопорушень. У зазначених вище кримінальних правопорушеннях проти власності посилення покарання у вигляді позбавлення волі за вчинення тих самих діянь в умовах воєнного стану становить: на 3 роки – в одному складі, на 4 роки – в одному складі, на 6 років – в одному складі, на 7 років – в одному складі, на 8 років – в двох складах кримінальних правопорушень. Ці дані свідчать про недостатню теоретичну розробку розглядуваної кваліфікуючої ознаки, адже при притягненні особи до кримінальної відповідальності в якості фактичної підстави підвищення розміру покарання у вироках вказується одна й та сама підстава – вчинення діяння в умовах воєнного стану.

Як вбачається, зазначена кваліфікуюча ознака потребує надання їй більшої правової визначеності щодо її змісту. При вирішенні цього питання слід виходити з того, що основним критерієм, що визначає тяжкість кримінальних правопорушень в системі КК, є шкода яка заподіяна або яка могла бути заподіяна діянням об’єктам кримінально-правової охорони. При вчиненні діяння в умовах воєнного стану в характеристиці такої шкоди може бути: 1) збільшення шкоди основному об’єкту; 2) збільшення соціальної цінності (значимості) об’єкта; 3) спричинення шкоди об’єктам у вигляді похідних наслідків; 4) заподіяння шкоди додатковому об’єкту, в тому числі національній безпеці України; 5) множинність об’єктів, яким заподіяна шкода одним діянням.

Законодавче відображення такої шкоди у змісті розглядуваної кваліфікуючої ознаки повинно здійснюватися з урахуванням необхідності узгодження вирішення цього питання з наявністю у складі злочину наслідків як окремої обов’язкової ознаки. Зокрема тому, що коли в статті КК тяжкі наслідки вказані як обов’язкова ознака основного складу кримінального правопорушення, то вчинення діяння в умовах воєнного стану ще в більшій мірі стає невизначеним з погляду того, що саме обумовлює посилення покарання. Наприклад, найбільш суворе покарання за невиконання наказу начальника, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, за ч. 1 ст.403 КК – позбавлення волі на строк до двох років, а за вчинення такого діяння в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці, – позбавлення волі на строк сім років. Очевидно, що посилення покарання в цих випадках можна обґрунтувати лише тим, що в умовах воєнного стану діяння заподіяло або може заподіяти біль-

шу шкоду, ніж вона відображена в ч. 1 цієї статті поняттям «тяжкі наслідки». Презюмувати таку шкоду не можна, оскільки навіть в умовах воєнного стану такий характер діяння проявляється не у всіх випадках. Наприклад, викрадення чужого майна в умовах воєнного стану на території, де ведуться бойові дії, може позбавити потерпілого засобів для виживання, а такі самі дії, вчинювані далеко від лінії фронту, можуть нічим не відрізнитися за своїм характером від дій, вчинюваних в мирний час.

Таким чином, кваліфікуюча ознака «вчинення діяння в умовах воєнного стану»: 1) потребує законодавчого закріплення в КК тих сутнісних критеріїв, які перебувають у фактичному зв'язку з воєнним станом і обумовлюють підвищення суспільної небезпечності (тяжкості) діяння та його підвищену караність; 2) в такій конкретизації обов'язково повинна бути відображена шкода, яка заподіяна або могла бути заподіяна об'єкту або множинності об'єктів.

Окремого критичного реагування, як вбачається, потребує встановлення законодавцем за вчинення державної зради (ч. 2 ст. 11 КК) та за вчинення диверсії (ч. 2 ст. 113 КК) покарання у вигляді позбавлення волі на строк п'ятнадцять років або довічного позбавлення волі, з конфіскацією майна. Таке рішення повністю унеможливорює застосування ст. 68 КК для диференціації кримінальної відповідальності залежно від стадій вчинення цих злочинів. Як наслідок, готування до вчинення цих злочинів і закінчені злочини, створення можливості заподіяння шкоди і фактичне заподіяння шкоди отримали однакову законодавчу оцінку суспільної небезпечності (тяжкості) цих діянь, хоча об'єктивно діяння характеризуються різним ступенем суспільної небезпечності (тяжкості) і в умовах воєнного стану. Таке рішення є недопустимим з погляду верховенства права, оскільки може викликати порушення принципу справедливості, коли призначене особі покарання не буде відповідати фактичному ступеню суспільної небезпечності (тяжкості) вчиненого нею кримінально протиправного діяння.

По-третє, це вчинення в умовах воєнного стану діяння, законодавча оцінка якого відображена в основному складі кримінального правопорушення. У таких випадках особливості кримінального права, обумовлені умовами воєнного стану, відображаються або повинні відображатися більшою мірою. Насамперед йдеться про основні складі кримінальних правопорушень, в яких прямо вказано на вчинення діяння в умовах воєнного стану як на їх обов'язкову ознаку. Зокрема такими є складі кримінальних правопорушень, передбачених ч. ч. 1 і 2 ст. 114² КК, в яких передбачена відповідальність за поширення певної інформації про зброю, озброєння та бойові припаси (ч. 1)

або про Збройні Сили України чи інші військові формування (ч. 2), вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану. Крім того, є й такі основні склади кримінальних правопорушень, в яких висновок про вчинення діянь в умовах воєнного стану впливає із характеру самих діянь. Наприклад, це стосується ст. 435¹ КК, де буквально йдеться про образу честі і гідності, погрозу вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна військовослужбовцю, який здійснює заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації, його близьким родичам чи членам сім'ї. Такими прикладами також є діяння, передбачені ст. 111¹ «Колабораційна діяльність» та ст. 111² «Пособництво державі-агресору». У складах кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, передбачених розділом XX Особливої частини КК, важливими в розглядуваному контексті є кримінально протиправні діяння, передбачені ст. 437 «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни» та ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни».

Не вдаючись до змістовного аналізу цієї групи діянь, слід звернути увагу на інший їх важливий аспект, який стосується необхідності врахування положень, передбачених ч. 2 ст. 64 Конституції України. У них йдеться про те, що «в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені статтями 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 цієї Конституції». Необхідність в обмеженні конституційних прав завжди має конкретний життєвий вимір і обумовленість конкретним воєнним станом, що не виключає наявність обмежень, необхідність яких проявляється у всіх випадках введення воєнного стану. В Указі Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24 лютого 2022 р. № 64/2022 зокрема зазначено, що «у зв'язку із введенням в Україні воєнного стану тимчасово, на період дії правового режиму воєнного стану, можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 30–34, 38, 39, 41–44, 53 Конституції України». В іншому випадку введення воєнного стану може бути передбачений інший перелік конституційних обмежень. Це особливо важливо враховувати в тих випадках, коли конституційні права в умовах воєнного стану обмежуються безпосередньо шляхом криміналізації певних діянь. Наприклад, висловлення особистого ставлення до певних подій, яке не є публічним закликком і в мирний час визнавалось реалізацією права на «свободу думки і слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань» (ч. 1

ст. 34 Конституції України), після введення воєнного стану було обмежено шляхом криміналізації «публічного заперечення», про яке йдеться в ч. 1 ст. 111¹ КК.

Із викладеного випливає висновок про те, що *зазначена криміналізація, якщо вона здійснюється в умовах воєнного стану, повинна обов'язково поєднуватися з вказівкою в Законі строку дії кримінально-правової заборони, який за загальним правилом не повинен перевищувати строку дії правового режиму воєнного стану, як це випливає з положень ч. 2 ст. 64 Конституції України*. За відсутності такого строку кримінально-правова заборона може зберігатися в мирний час з безпідставним обмеженням конституційних прав, що може зашкодити розвитку демократії в суспільстві.

По-четверте, це кримінально-правові положення, які відображають особливості вирішення питань Загальної частини КК в умовах воєнного стану. До таких положень належать положення п. 11 ч. 1 ст. 67 КК, які вже згадувались вище, на підставі яких суд при призначенні винній особі покарання за кримінальне правопорушення може визнати «вчинення злочину з використанням умов воєнного стану» обставиною, що обтяжує покарання. Крім того, вже після введення воєнного стану в Україні КК був доповнений ст. 43¹ «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України». Ця стаття має важливе значення, тому що в ній йдеться про обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, вчиненого в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямованого на відсіч чи стримування збройної агресії будь-якої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам.

Разом з тим, ст. 43¹ КК потребує подальшого законодавчого вдосконалення. Зокрема це стосується законодавчого визначення меж правомірного заподіяння шкоди. Зі змісту ч. 4 цієї статті КК випливає, що заподіяння визнається неправомірним, якщо шкода явно не відповідає небезпечності агресії або обставинці її відсічі та стримування. Таке рішення за своїм змістом є конкретизацією перевищення меж необхідної оборони, визначеного в ч. 3 ст. 36 КК, і тому ч. 4 ст. 43¹ КК має перевагу в застосуванні як спеціальна. Однак у ст. 43¹ КК повинні бути також положення про особливості відповідальності за перевищення меж необхідної оборони від агресії. Це має особливе значення, тому що відповідно до ч. 3 ст. 36 КК за перевищення меж необхідної оборони настає відповідальність: 1) лише за умисне заподіяння шкоди у вигляді заподіяння смерті або тяжкого тілесного ушкодження, за яке відповідальність значно пом'якшена порівняно зі статтями 115 і 121 КК. Вирішення цього питання

повинно бути саме у вигляді спеціальних приписів про відповідальність за перевищення меж необхідної оборони від агресії.

На підтвердження актуальності вирішення цього питання звернемо увагу на відображення суб'єктивної сторони дій у визначенні поняття «бойовий імунітет», наведеному в ст. 1 Закону України «Про оборону» від 6 грудня 1991 р. № 1932-ХІІ. Зокрема в ньому йдеться про звільнення від відповідальності, в тому числі кримінальної, за наслідки дій (шкоду), «настання яких з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити при плануванні та виконанні таких дій (завдань) або які охоплюються виправданим ризиком». Таке формулювання не поширюється на випадки кримінально протиправної недбалості (ч. 3 ст. 25 КК) як однієї з форм необережної вини, коли особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння, хоча повинна була і могла їх передбачити. Відповідно до ч. 3 ст. 36, ст. ст. 118 і 124 КК відповідальність за перевищення меж необхідної оборони настає лише за умисне заподіяння шкоди. Отже, положення ст. 43¹ КК потребують вдосконалення з обов'язковим узгодженням з визначенням поняття «бойовий імунітет».

Серед інших загальних положень, які потребують наукового розроблення стосовно вчинення кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану важливе значення також мають й деякі інші поняття, зокрема поняття «воєнна необхідність», однак детальніше про це в іншій публікації.

*Брич Л. П.,
д.ю.н., доцент,
професорка кафедри кримінально-
правових дисциплін
Інституту права Львівського
державного університету
внутрішніх справ*

ПРО НЕОБХІДНІСТЬ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НЕВІДВОРОТНОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА УЧАСТЬ В АГРЕСИВНІЙ ВІЙНІ ПРОТИ УКРАЇНИ

Повномасштабне вторгнення Російської Федерації в Україну 24 лютого 2022 р. дуже наочно показало, що саме **злочини** (за термінологією чинного

КК України – кримінальні правопорушення) проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку є найбільш суспільно небезпечними серед усіх кримінально-заборонених діянь. І саме вони повинні бути передбачені першими в Особливій частині нового КК України і тягнути більш суворі покарання, ніж це встановлено чинним законодавством.

Українські політики цілком слушно звертають увагу, що ця навала продемонструвала недовіру міжнародної колективної системи безпеки, створеної у Європі після другої світової війни. Європейські діячі також прозрівають в цьому. Глава дипломатії ЄС Жозеп Боррель на засіданні Європарламенту 01 березня 2022 р. визнав очевидність того, що існує «стримування було недостатнім, щоб запобігти агресії Путіна» [1]. Можна припустити, що однією з причин цього стало те, що не всі винні в розв'язуванні II світової війни були притягнуті до відповідальності і не всі воєнні злочинці були покарані. Як відомо, Йосип Сталін разом з Адольфом Гітлером планували переділ Європи. Пакт Молотова-Ріббентропа є цьому доказом. Але, як слушно зазначає історик Олександр Лисенко, на Нюрнберзькому процесі «переможці судили переможених» і «заздалегідь домовилися про питання, які мають бути обійдені»... «Для СРСР такими питаннями були радянсько-німецький Пакт про ненапад і контакти між німцями і СРСР після цього, окупація Балтики, депортації, радянсько-польські відносини. А для західних союзників це атомні атаки на Хіросіму і Нагасакі, бомбардування німецьких міст, засоби ведення підводної війни, де вони однаково діяли з нацистами» [2]. Таким чином, Радянський Союз отримав ореол держави-переможця. Завдяки успішній радянській пропаганді у свідомості радянських людей, перемога над нацизмом вважалась виключно заслугою СРСР і особистою заслугою «товарища» Сталіна. Зараз ця ідея місії «асвабодителя» у свідомості росіян екстрапольована на РФ і особисто на Владіміра Путіна. Непокараність злочинців і злочинів минулого створює в їхніх умах таку ілюзію.

Створена сусідньою ворожою державою трагедія, яка відбувається тут і зараз по всій Україні і торкається кожного мешканця нашої країни, продемонструвала наявність прогалин у КК України в частині кримінально-правового регулювання відповідальності за агресивну війну проти суверенної держави. Зокрема, військовослужбовців РФ (рядового і начальницького складу) неможливо притягнути до кримінальної відповідальності за участь у агресивній війні. Стаття 437 КК України «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни», що міститься у розділі XX Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» передбачає відповідальність

лише спеціальних суб'єктів – керівників держави, військово-промислового комплексу [3, с. 818], тобто «осіб, які спроможні фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними» [4, с. 1356]. Кваліфікувати дії виконавців, як співучасників цього злочину не можливо [4, с. 1356].

Відповідно, участь кожного рядового виконавця – військовослужбовця РФ у веденні агресивної війни, якщо не доведено, що він вчинив порушення законів і звичаїв війни (ст. 438 КК України), застосування зброї масового знищення (ст. 439 КК України), геноцид (ст. 442 КК України) не може бути кваліфікована як кримінальне правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, які на відміну від інших кримінальних правопорушень не мають строку давності притягнення до кримінальної відповідальності.

За чинним КК України притягати до відповідальності їх можна за статтями інших розділів Особливої частини КК України. Але в цій царині також є труднощі для органів досудового розслідування в умовах воєнних дій зібрати докази, що доводять персональну вину кожного конкретного індивіда.

Ще до повномасштабного нападу РФ на Україну опитування росіян [5] показало їхню рішучу готовність виконати злочинний наказ і взяти участь у агресивній війні РФ на території суверенної держави – України.

Ті, взяті в полон російські окупанти, які визнавали свою обізнаність, що їх відправляють воювати в Україну, свій вибір брати участь у загарбницькій війні мотивували страхом перед суворою кримінальною відповідальністю за невиконання наказу за законодавством Російської Федерації. Тобто, людей позбавлених моралі і страху Божого, наслідки невиконання злочинного наказу лякають більше, ніж їхня участь у загарбницькій війні.

Крім того, Женевська конвенція про поводження з військовополоненими, яка вступила в силу 21 жовтня 1950 р. (з наступними змінами та доповненнями), передбачає однакові зобов'язання щодо умов утримання, лікування, харчування та ін. військовополонених для країни, яка зазнала нападу і держави-агресора, що звісно ж є несправедливим і в перспективі має бути змінено. Цей міжнародний договір гарантує однаково лояльні умови перебування в полоні для військовополонених, незалежно від їхньої приналежності до тієї чи іншої сторони конфлікту. Тобто, для військовослужбовця держави-агресора чи прирівняних до них осіб, якщо вони відповідають ознакам, визначеним у ст.4 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими, умови перебування в полоні гіпотетично є більш комфортними, ніж умови відбування тривалих строків позбавлення волі у себе на Батьківщині.

Таким чином, малодушна, аморальна людина, задурена отруйною пропагандою, між виконанням злочинного наказу про участь у агресивній війні на території суверенної держави і відмовою від його виконання, обере таку участь у війні на боці окупанта.

Зупинити таких людей може лише страх перед невідворотністю покарання. Страх взагалі, в тому числі, перед неминучою кримінальною відповідальністю – справді велика сила. Цей страх потрібно використати для загальної і спеціальної превенції, для початку встановивши кримінальну відповідальність за участь у агресивній війні. Мною був підготовлений проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення невідворотності кримінальної відповідальності за участь в агресивній війні проти України».

Головною метою пропонованого проекту Закону є формулювання складу кримінального правопорушення, як підстави кримінальної відповідальності за участь у агресивній війні, предмет доказування за яким буде максимально простим для органів досудового розслідування держави, яка зазнала нападу. Прогнозується, що доповнення ст. 437 КК України частиною третьою відповідного змісту, заповнивши прогалину у Особливій частині КК, стане частиною механізму запобігання агресивним війнам. Є підстави сподіватися, що зваживши особисті негативні наслідки своєї участі у агресивній війні на території іншої суверенної держави, і відмови від виконання злочинного наказу про участь у такій війні, багато хто з військовослужбовців відмовиться від вчинення злочину проти миру, безпеки людства і міжнародного правопорядку. Вкупі з успіхами Збройних Сил України у теперішній війні така норма може справити загальну превентивну роль для воєн майбутніх. Якою б могутньою не була бюрократична машина держави-агресора та її силові структури, вести агресивну війну неможливо без солдатів. Їхня масова відмова від виконання злочинного наказу може істотно похитнути, як рішучість біснுவатих лідерів держави розпочинати війни, а у разі, коли війну вже розпочато, може послабити позиції держави-агресора.

Також, пропонований склад злочину може стати «резервним» для випадків, коли не можливо, або складно зібрати докази, що відповідають вимозі допустимості, щодо вчинення конкретними особами порушення законів і звичаїв війни (ст. 438 КК України), застосування зброї масового знищення (ст. 439 КК України), геноциду (ст. 442 КК України) чи інших кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства і міжнародного правопорядку.

Проектом закону передбачено посилення кримінальної відповідальності за ведення агресивної війни шляхом внесення змін до абзацу другого

частини другої ст. 437 КК України. Зокрема, високий суспільної небезпеки цього кримінального правопорушення дає підстави встановити найсуворіший у системі покарань вид – довічне позбавлення волі.

Головною ідеєю законопроекту є забезпечення невідворотності кримінальної відповідальності за будь-які прояви участі у агресивній війні шляхом створення загальної кримінально-правової норми. Криміналізацію участі у агресивній війні пропонується здійснити, доповнивши ст. 437 КК України частиною третьою. Для цього застосовано таке формулювання абзацу першого частини третьої ст.437 КК України: «Участь військовослужбовців збройних сил іноземної держави чи інших її військових формувань, чи працівників її правоохоронних органів у агресивній війні проти суверенної держави, яка зазнала нападу». Вказана криміналізація відповідає відомим у кримінальному праві соціально-правовим та системно-правовим умовам встановлення кримінально-правової заборони.

За це діяння пропонується встановити покарання у виді позбавлення волі на строк від 15 до 25 років, завдяки чому пропонуване до криміналізації кримінальне правопорушення належатиме до категорії особливо тяжких, що в сукупності з іншими факторами може відіграти превентивну роль і спонукати вибір потенційних суб'єктів злочину на користь невиконання злочинного наказу про участь у агресивній війні.

У пропонованій примітці 1 до ст. 437 роз'яснено зміст і обсяг поняття «участь у агресивній війні проти суверенної держави, яка зазнала нападу». Суспільно небезпечне діяння «участь у агресивній війні проти суверенної держави, яка зазнала нападу», як зміст і явище, є нескладним з точки зору кримінального процесуального доказування. А тому забезпечує невідворотність кримінальної відповідальності осіб, які його вчинили.

Пропонована ч. 3 ст. 437 є загальною нормою щодо спеціальних: «Порушення законів і звичаїв війни» (ст. 438), «Застосування зброї масового знищення» (ст. 439), «Геноцид» (ст. 442) і у разі доведеності останніх, застосовуватися повинні спеціальні норми. У разі неможливості доказати наявність складів злочинів у діях конкретних винних осіб, застосовується загальна норма.

У пропонованій примітці 2 до ст.437 передбачено умови звільнення від кримінальної відповідальності за участь у агресивній війні проти суверенної держави, що повинно би спонукати суб'єктів кримінального правопорушення до позитивної посткримінальної поведінки – здачі в полон.

Висновки. Прийняття проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення невідворотності криміналь-

ної відповідальності за участь в агресивній війні проти України» дозволить:

- криміналізувати участь рядових виконавців у агресивній війні проти суверенної держави;
- створити додаткові передумови для загальної і спеціальної превенції участі рядових виконавців у агресивній війні проти суверенної держави;
- мотивувати добровільну здачу в полон суб'єктів кримінального правопорушення, які вчинили участь у агресивній війні проти суверенної держави, завдяки передбаченій можливості звільнення від кримінальної відповідальності за це діяння;
- створити законодавчі підстави для забезпечення невідворотності кримінальної відповідальності шляхом спрощення кримінального процесуального доказування пропонуваного до криміналізації кримінального правопорушення і загального характеру відповідної кримінально-правової норми.

Проект

Закон України

Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо забезпечення невідворотності кримінальної відповідальності за участь в агресивній війні проти України

Верховна Рада України **п о с т а н о в л я є**:

Внести зміни до Кримінального кодексу України (Відомості Верховної Ради України, 2001 р., №25–26, ст. 131):

- 1) абзац другий частини другої статті 437 викласти в такій редакції:
«карається довічним позбавленням волі».
- 2) доповнити статтю 437 КК України частинами другою, третьою та приміткою такого змісту:
 2. Участь військовослужбовців збройних сил іноземної держави чи інших її військових формувань, чи працівників її правоохоронних органів у агресивній війні проти суверенної держави, яка зазнала нападу, – карається позбавленням волі на строк від 15 до 25 років.
 3. Звільняється від кримінальної відповідальності за участь у агресивній війні проти суверенної держави, яка зазнала нападу, військовослужбовець збройних сил чи інших військових формувань іноземної держави, якщо він за першої можливості склав зброю і добровільно здався в полон збройним силам чи іншим законним військовим формуванням, чи правоохоронним органам держави, яка зазнала нападу.

Примітка. 1. Під участю у агресивній війні проти суверенної держави, яка зазнала нападу, розуміються такі дії:

1) перебування військовослужбовця збройних сил чи інших військових формувань, чи членів ополчення, або добровольчих загонів іноземної держави на території іншої суверенної держави з будь-яким видом зброї та/або боєприпасів, чи бойової техніки, військових кораблів, військових повітряних суден незалежно від носіння ними розпізнавальних знаків;

2) участь військовослужбовця збройних сил чи інших військових формувань чи членів ополчення, або добровольчих загонів іноземної держави у збройному чи рукопашному зіткненні на території суверенної держави з військовослужбовцями збройних сил чи інших законних військових формувань, чи працівниками правоохоронних органів держави, яка зазнала нападу;

3) блокування чи примушування до зупинки/посадки, пошкодження чи руйнування будь-яким способом військових кораблів, військових повітряних суден іншої держави у портах їхньої приписки чи будь-яких інших портах, у територіальних водах чи відкритому морі, на судноплавних річках, у повітряному просторі чи на аеродромах;

4) участь у інших подібних за своєю суттю до перелічених вище проявах агресивної війни».

Список використаних джерел:

1. ТРК Україна. Прямий ефір 01 березня 2022 р. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=C5FoKQ92b-E>

2. Шурхало Д. 75-річчя Нюрнберзького трибуналу: як судили нацистів. Радіо Свобода. 06 жовтня 2021 р. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/nyurnberzky-protses-yak-sudyly-natsystiv/31494530.html>

3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. 4-те вид., переробл. та доповн./ відп. ред. С. С. Яценко. К.: А. С. К., 2005. 848 с.

4. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. 11-те вид., переробл. і доповн. / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. Київ: ВД «Дакор», 2019.

5. Росіян запитали про наступ на Україну, і вони підтримали. Хочуть нас «звільняти» від нас же. 28 січня 2022 г. Блог про українську політику та актуальні події в нашій країні «СТЕРНЕНКО НА ЗВ'ЯЗКУ». URL: <https://www.youtube.com/watch?v=eT76uLAd0nA>.

6. «Розвідка захопила КШМ «Барнаул-Т» та документи окупантів». Військове телебачення України. 03 березня 2022 р. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=1X4mwsdTzEE>

*Марін О. К.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права
і кримінології,
Львівський національний університет
імені Івана Франка*

СПЕЦІАЛЬНІ НОРМИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ВОЄННОГО СТАНУ: НЕБЕЗПЕКА НЕПЕРЕДБАЧУВАНИХ НАСЛІДКІВ ДЛЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Нова реальність воєнного стану в Україні породжує нову правову реальність. Держава природно реагує на виклики у тому числі й прийняттям нових правових актів, які змінюють правове регулювання відповідно до сучасних потреб. Одним з найбільш популярних засобів такого реагування в Україні було і залишається внесення у КК України змін, покликаних на думку законодавця вирішити назрілу проблему. Заголовки ЗМІ рясніють повідомленнями на кшталт «Рада встановила кримінальну відповідальність за...» і т.п. Звісно, український парламент не може бути осторонь і за своїм конституційним призначенням покликаний створювати у державі належну правову/законодавчу базу для розв'язання багатьох проблем, у тому числі й протидії суспільно-небезпечним посяганням. Проте, чи у всіх випадках «швидка реакція» законодавця є ефективним засобом подолання загроз, які виникли? Нажаль не у всіх випадках.

Аналіз нової правової реальності, яка сформувалася у проміжок між 24 лютого по 01 травня 2022 року, дає можливість для висунення та обґрунтування декількох тез щодо наслідків для кримінально-правового регулювання введення до нього (цього регулювання) нових спеціальних норм.

1. Ми можемо по різному ставитись до наявності у КК статей, які містять так звані спеціальні норми, але вони існують. Більше того, тенденцією розвитку Особливої частини КК України протягом багатьох років є власне збільшення частки спеціальних та специфічних норм. Так, протягом останніх 5 років КК України було змінено 63-ма Законами України, з яких 39 Законів (62%) вносять в цілому редакційний характер, не вводячи нових норм, з інших 24-х Законів (38%), які присвячені питанням криміналізації/декриміналізації або диференціації кримінальної відповідальності – 16 (25%) впроваджують спеціальні норми.

Таким чином, незважаючи на те, що й хоча превентивна здатність спеціальних норм, якщо оцінювати їх ефективність зі сторони впливу на потенційного порушника, є сумнівною, а зручність у використанні зі сторони правозастосовувача є також не найкраща, законодавець продовжує активно користуватися таким інструментом диференціації кримінальної відповідальності.

2. Не є виключенням і воєнний стан, під час якого, парламент, реагуючи на загрози, вносить зміни у КК, намагаючись урегулювати те чи інше питання, часто робить ніщо інше, як встановлює нові спеціальні норми. З моменту оголошення воєнного стану КК України змінено 12-ма Законами, 4 з яких (25%) доповнюють кримінальний закон статтями, що містять спеціальні норми.

Якщо проаналізувати зареєстровані у парламенті законопроекти про внесення до КК змін та доповнень, спостерігається тенденція збільшення частини законопроектів, які містять спеціальні норми: з 20-ти зареєстрованих станом на 30.04.2022 року законопроектів про внесення змін до КК України 5 пропонують редакційні правки, 6 – криміналізацію певних суспільно небезпечних діянь, а 9 (45%) – ніщо інше, як введення у КК положень, що передбачають спеціальні норми.

В одній з публікацій я зустрів посилання на існування у системі права презумпції раціональності дій законодавця і враховуючи це, припустимо, що законодавець, вводячи у КК України спеціальні норми, діє раціонально, тобто розраховує на певний ефект від використання цього правового інструменту. Встановити мету прийнятого закону, його ціль як правило не складно, особливо, якщо аналізувати його «по гарячих слідах». Так, виокремлення кримінальної відповідальності, наприклад, за колабораційну діяльність викликано «... метою встановлення справедливого покарання для осіб, які співпрацюють з державою-агресором, а також обмеження доступу таких осіб до посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування...». Подібну мету, напевно, виконує і упровадження до КК України ст. 111–2 «Пособництво державі-агресору». Пояснювальна записка до відповідного законопроекту також відтворює подібне твердження: «встановлення справедливого покарання для осіб, які здійснюють пособництво з державою-агресором, а також обмеження доступу таких осіб до посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування» та містить покликання законопроекту: «запобігти вчиненню відповідних злочинів та передбачити інші відповідні покарання для осіб, які співпрацювали з державою-агресором, її окупаційною адміністрацією та/або її зброй-

ними чи воєнізованими формуваннями, шляхом встановлення кримінальної відповідальності за відповідні діяння».

Стосовно відповідальності за незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги, її виокремлено «з метою встановлення кримінальної відповідальності за нецільове використання допомоги під час дії воєнного стану», при цьому законодавець прогнозує, що «Реалізація проекту акта посилить відповідальність за використання у період воєнного стану товарів гуманітарної допомоги не за цільовим призначенням (з метою отримання прибутку) шляхом встановлення кримінальної відповідальності за такі дії».

Чи можливо досягнути поставленої мети таким способом?

3. Аналіз впроваджених спеціальних норм із урахуванням їх системних зв'язків у аспекті їх впливу на кримінально-правове регулювання засвідчує, що такий вплив, ймовірно, перебуває за межами правових очікувань парламентарів.

Сприйняття введення спеціальної відповідальності за колабораційну діяльність, в мене особисто було таким, що держава намагається її посилити, хоча, як вдало підмітив Р. О. Мовчан, у кримінально-правовій доктрині ще до появи у КК цієї статті існувала позиція щодо потреби ввести привілейований спеціальний склад щодо державної зради (Є. О. Письменський). Автор припускає, що народні депутати вважають недоречним застосування покарання у виді позбавлення волі на 15 років або довічного позбавлення волі за вчинення навіть у воєнний час, наприклад, зайняття посад у незаконних органах (особливо некерівних), здійснення відповідної пропаганди, передачу окупантам матеріальних ресурсів тощо. Можливо тут варто погодитись, оскільки інколи пом'якшення відповідальності здатне істотно підвищити її ефективність і запобігти девальвації кримінально-правової заборони. Уявіть собі, що всі випадки колаборації кваліфіковано як державну зраду у формі надання допомоги..., а реально притягнуто до відповідальності чи не 10% всіх колаборантів. Запобіжна сила такого заходу прагне до нуля. Поряд із тим, не варто забувати про зворотню дію закону у часі. Абсолютно нелогічним виглядає засудження особи за державну зраду до початку активної фази війни з росією, а після її початку, на підставі закону, прийнятому у зв'язку із воєнним станом в Україні, звільняти таку особу від покарання, бо істотно його пом'якшувати. Видається, що логічніше в таких випадках впроваджувати статтю КК, яка містить суміжний склад, а не спеціальну норму.

Однак законодавець у логіці диференціації кримінальної відповідальності за надання допомоги іноземній державі у підривної діяльності проти

України не зупиняється і Законом України від 14.04.2022 вводить у КК ст. 111–2 «Пособництво державі агресору» – спеціально-спеціальну норму. Правову ситуацію, яка виникла у кримінальному праві у зв’язку із появою цієї норми, вдало охарактеризував М. І. Хавронюк: «оскільки всі ознаки цих злочинів збігаються, тут має місце не конкуренція, а колізія норм...». Не впевнений, що тут спостерігається власне колізія, однак надмір правового регулювання – цілком точно. Більше того, у контексті появи у КК ст. 111–2 та її системних зв’язків із іншими нормами, що містяться у КК, можна навести наступні міркування, які виникли у зв’язку із кримінально-правовою оцінкою дій російських пропагандистів. У березні 2022 року Офіс Генерального прокурора України повідомив про підозру низку таких осіб у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 110 КК України «Посягання на територіальну цілісність і недоторканість України». Така правова оцінка, як не мене, не відображає реального «внеску» скабеєвої, симоньян та інших квазіжурналістів у розв’язанні агресивної війни проти України. Їх поведінка повинна знайти своє відображення у застосування щодо них, наприклад, ст. 437 КК України «Планування, підготовка, розв’язування та ведення агресивної війни», яка передбачає злочин, що вчинений ними у співучасті. Така оцінка їх професійної діяльності більш адекватно відповідатиме правовій природі вчиненого та забезпечуватиме їх особисту участь як підсудних у міжнародному трибуналі, про потребу створення якого висловилася навіть ПАРЄ. Однак, із появою у КК ст. 111–2 може з’явитися шпаринка, яка ускладнить такий акт відплати. Якщо поведінку пропагандистів можна буде визначити як «умисні дії, спрямовані на допомогу державі агресору (пособництво) шляхом реалізації чи підтримки рішень та/або дій держави агресора», буде мати місце конкуренція між нормами, передбаченими ст. 437 та ст. 111–2 КК, де остання буде виступати як спеціальна норма і підлягатиме застосуванню. Однак вказані особи не підлягатимуть відповідальності за цією статтею, оскільки є громадянами держави-агресора, а ст. 111–2 чомусь містить пряму вказівку на неможливість їх виступати суб’єктом цього злочину.

Завершуючи міркування щодо 111-х статей КК, яких тепер є три, варто звернути увагу й на такий аспект модерної диференціації кримінальної відповідальності за державну зраду. Прагнучи підвищити відповідальність вже тепер власне за державну зраду, законодавець вводить кваліфікований склад із використанням ознаки «в умовах воєнного стану». Крок, на перший погляд цілком логічний і передбачає вилучення з основного складу цієї ж ознаки. Тепер давайте уявімо собі, що воєнний стан оголошено але збройного конфлікту ще або вже немає. Як має відповідати громадянин України, який

перейшов на бік ворога? Виникає «проблема 194» – визначення змісту поняття «ті самі діяння» у кваліфікованих складах: чи стосуються вони всіх ознак основного складу, чи лише діяння? Якщо всіх ознак – виникає прогалина у кримінально-правовому регулюванні, якої б не мало бути за визначенням специфіки галузі та здоровим глуздом.

Окремої уваги заслуговує поява у КК України ст. 201–2 «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги». І знов, реальність не співпадає із очікуванням: відповідальність насправді не «встановлена», а пом'якшена, а за певного тлумачення – взагалі відбулася істотна декриміналізація. Недоречність внесених змін була помічена й М. І. Хавронюком, який відзначив, що «...через помилку законодавця, фактично більш тяжкий злочин – розтрата в значних розмірах – має каратися м'якше, ніж розтрата в розмірах, які не є значними». Виходом із описаної ситуації недоречності регулювання автор пропонує продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, вчинені у розмірі, який не досягає значного розміру або становить його (434 175 грн), незалежно від наявності мети отримання прибутку кваліфікувати залежно від суб'єкта: а) за ч.1 ст. 191 – як розтрату чужого майна, яке було ввірене чи перебувало в її віданні (вчинену в умовах воєнного стану – за ч.4 ст. 191 КК), або б) за частинами 2 або 3 ст. 191 КК – як розтрату чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (вчинену в умовах воєнного стану – за ч.4 ст. 191 КК). Ця рекомендація є «виходом» із недоречного правового регулювання і не достатньо обґрунтована із урахуванням спеціального характеру норми, передбаченої у ст. 201–2. Якби мені довелося захищати особу, підозрювану у вчиненні незаконного використання гуманітарної допомоги на суму, меншу від 350 нмдг, я би відстоював відсутність у його поведінці складу кримінального правопорушення, передбаченого ч.1 ст. 191 КК (а, відповідно і кваліфікованого складу за ознакою «в умовах воєнного стану») з огляду на такі міркування: якщо законодавець виокремлює із загальної заборони вчинювати розтрату чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало у її віданні (основний склад кримінального правопорушення, передбаченого ч.1 ст. 191 КК) спеціальну форму такого посягання стосовно гуманітарної допомоги... і встановлює при цьому інші криміноутворюючі ознаки – «вчинення у значному розмірі», то вчинення такого посягання без наявності цієї криміноутворюючої ознаки – не становить собою кримінального правопорушення. 27.04.2022 року у Верховній Раді зареєстровано законопроект «Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення (щодо вдосконалення

окремих питань, пов'язаних із незаконним продажем гуманітарної допомоги)», текст якого поки що недоступний. Можливо він виправить ситуацію.

4. Ці приклади ілюструють заявлену у назві тезу: прийняття законів про внесення змін до КК України, що містять спеціальні норми, цілком можуть призвести до неочікуваних наслідків у кримінально-правовому регулюванні. З метою уникнення таких ситуацій, нагадуємо простий алгоритм, який повинен виконуватись законодавцем у всіх випадках розгляду питання про введення нової статті у КК України:

1) з'ясувати, чи за відповідну поведінку вже не встановлено кримінальної відповідальності і, якщо встановлено, то у якому обсязі. Якщо у потрібному і норма ефективно застосовується – питання вичерпано, приймати закон не потрібно. Якщо обсяг відповідальності на думку законодавця невідповідний сучасним потребам – відкорегувати його шляхом зміни меж санкції, введення кваліфікуючих ознак, корегування конститутивних ознак (уточнення ознак предмету...). При цьому вводить у КК нову статтю не потрібно;

2) якщо відповідальність не встановлено – сформулювати відповідну заборону та перевірити, як вона «співпрацюватиме», взаємодіятиме із вже існуючими заборонами. Варто також спрогнозувати ефективність дії цієї заборони та її застосування, очікувані наслідки такого впливу. При цьому варто звернути увагу на чітке формулювання розмежувальних ознак (тих, які фактично виключають конкуренцію). При цьому, я особисто дуже скептично ставлюся до розмежувального значення ознаки «за відсутності ознак...» (ч.3 ст. 114–2 КК та в багатьох інших випадках);

3) тільки після цього – приймати закон про внесення змін до КК України.

Й на останок. Всі ми знаємо ситуацію із імплементацією до КК України норм міжнародного кримінального права і масштабний актуальний законопроект № 7290 Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України. Він містить величезну кількість спеціальних норм відносно норм «кримінального права мирного часу». Можливо варто замислитись про потребу окремого закону про міжнародне кримінальне право (позитивний приклад ФРН), який би містив так звані «колізійні норми», спрямовані на розмежування сфер чинності відповідних кримінально-правових заборон та усунення потенційної конкуренції між ними.

Список використаних джерел:

1. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. 464 с.
2. Пояснювальна записка до проекту Закону України про внесення змін до

деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=5144&skl=10;

3. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливості застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7186&skl=10;

4. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо нецільового використання гуманітарної допомоги під час дії воєнного стану» URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7146&skl=10;

5. Мовчан Р. «Воєнні» оновлення кримінального кодексу України: що варто враховувати громадянам та правозастосовцям і що забув врахувати законодавець. Частина 3. Кримінально-правова новела про колабораційну діяльність. Персональна сторінка автора у соціальній мережі Facebook. Матеріал розміщено 15.04.2022 року URL: <https://www.facebook.com/profile.php?id=100009400659772>;

6. Хавронюк М. За пособництво державі агресору – кримінальна відповідальність. ЦППР. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/za-posobnytstvo-derzhavi-agresoru-kryminalna-vidpovidalnist/>;

7. Хавронюк М. І. За незаконне використання гуманітарної допомоги – кримінальна відповідальність. ЦППР. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/za-nezakonne-vykorystannya-gumanitarnoyi-dopomogy-kryminalna-vidpovidalnist/>.

*Демидова Л. М.,
д.ю.н., професор,
професорка кафедри кримінального
права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ОХОРОНА ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ПРОБЛЕМИ НОВЕЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Доповідь висвітлює авторську позицію стосовно охорони громадської безпеки в умовах воєнного стану з питань новелізації кримінального законодавства, здійсненого Верховною Радою України (далі – ВРУ) за цим на-

прямою кримінально-правовою політикою, а також актуальних проблем кримінального судочинства щодо розглядуваної проблематики. Крім того, окреслені певні заходи, що потрібно або доцільно впровадити.

В умовах воєнного стану в ієрархії соціальних цінностей, що охороняються за допомогою норм кримінального законодавства, громадська безпека набуває підвищеного значення і кримінально-карані посягання на цей об'єкт характеризуються значним збільшенням ступеня їх суспільної небезпечності. Аргументами на підтвердження цієї тези є те, що при воєнному стані найбільш уразливим є мирне населення й інфраструктура, що забезпечує активний опір противнику. Зокрема, такий висновок військових експертів-науковців був оприлюднений в 2016 році в контексті визначення характерних рис війн XXI століття [1, с. 1000, 1001].

Дослідники визначають, що війни у XXI ст. будуть носити принципово інший характер й будуть вимагати якісно інших озброєнь і, відповідно, збройних сил. Світ вступив у смугу війн шостого покоління, коли збройні сили будуть використовуватися не стільки для ведення військових дій, стільки для того, щоб унеможливити противника чинити активний опір. В кінцевому підсумку, головною метою таких війн буде не стільки безпосереднє знищення противника, як досягнення поставлених політичних цілей війни без розгортання та застосування масових армій. Це означає, що концепція ведення так званої тотальної війни, яка була покладена в основу стратегічних установок більшості країн світу та кінцевий результат якої визначався зіткненням масових армій в кровопролитних битвах, відходить у минуле. Варварський характер зазначеної концепції проявлявся в тому, що зброя, яка використовувалася, наносила величезну шкоду мирному населенню та інфраструктурі, які забезпечують його життєдіяльність. Так, якщо у Другу світову війну кількість жертв серед мирних громадян становила 50% від загального числа втрат, то у в'єтнамській – 90%, а у чеченській – 95%. При цьому часто тотальна війна свідомо велася й ведеться виключно проти мирного населення. Спостерігається ведення війни з ураженням саме мирного населення й інфраструктури життєзабезпечення, що і є фундаментальними складниками громадської безпеки як об'єкта кримінально-правової охорони.

Слід також враховувати, що українська нація, як і увесь світ, у XXI столітті знаходиться в нових реаліях, за яких швидкими темпами відбувається глобалізація й інтеграція суспільних процесів. Війна в країні, з одного боку, здатна частково або повністю зруйнувати підвалини, що забезпечують існування й розвиток держави як незалежної, правової, соціальної і демократичної, тобто йдеться про значний негативний вплив насамперед

на основи національної безпеки, а також інші складові національної безпеки (військову, інформаційну, продовольчу, екологічну безпеки; здоров'я населення, тощо) країни. А, із другого, – реальна війна проти однієї держави негативно впливає на стан спокою, рівень життєдіяльності населення багатьох інших країн У світі вже не існує повної ізоляції будь-якої держави від інших. Так, за твердженням генерального секретаря Організації Об'єднаних Націй Антоніу Гутерреша: «Війна в Україні вже порушує ланцюжки поставок та викликає стрімке зростання цін на паливо, продукти харчування та транспорт». За словами посадовця, одним із тяжких наслідків війни може стати й глобальний голод [2]. Тому питання кримінально-правової охорони громадської безпеки в нашій країні в умовах воєнного стану доцільно розглядати і з позиції забезпечення національної безпеки і безпеки міжнародної.

Значений взаємозв'язок громадської безпеки в умовах воєнного стану з іншими об'єктами, що охороняються за допомогою норм кримінального законодавства, підтверджує доцільність системного аналізу тріади «громадська безпека – національна безпека – міжнародна безпека», особливо, якщо мова йде про конкретну ситуацію у вигляді умов воєнного стану. На мій погляд, це має методологічне значення для аналізу Кримінального кодексу (далі –КК) України при подальшому його удосконаленні. Причому в наведеній тріаді віддзеркалюється філософський підхід від «одиночного – громадської безпеки до окремого – національної безпеки, а далі до загального – міжнародної безпеки».

Як вже відмічалось, ми живемо в глобілізованому світі, тому нам потрібна оновлена парадигма міжнародної безпеки в органічній єдності з національною безпекою України та з чітким визначенням сутності, місця і значення громадської безпеки. І, навпаки, громадську безпеку доцільно розглядати в єдності з національною безпекою і міжнародною безпекою, застосовуючи загальні наукові методи дослідження.

Актуальність зазначеного обумовлена, зокрема, відсутністю консенсусу між науковцями щодо змісту поняття «громадська безпека» і його зв'язку з національною безпекою та міжнародною безпекою. Громадська безпека багатьма дослідниками визнається різновидом національної безпеки. На жаль, в українському законодавстві (зокрема в Законі України «Про національну безпеку України») спостерігається певний відхід від сприйняття поняття «громадська безпека» як самостійного в термінологічному апараті законодавства. У ст. 1 вказаного закону законотворці об'єднують громадську безпеку з громадським порядком, не звертаючи увагу, що насамперед їх слід

відмежовувати за критерієм наявності або відсутності джерел загальнопідвищеної небезпеки соціального, фізичного чи іншого походження.

Громадська безпека як об'єкт кримінально-правової охорони – це суспільні відносини, що забезпечують безпечні умови життєдіяльності, захищеність від соціальних, фізичних та психологічних загроз джерел загальнопідвищеної небезпеки. І охорона суспільства від таких джерел та кримінально караної поведінки людини щодо них у сучасний період в умовах воєнного стану потребує уваги законодавця не менш, аніж це стосується основ національної безпеки України, охорони від військових кримінальних правопорушень і міжнародного правопорядку.

Не викликає сумніву, що вдосконалення кримінального законодавства в частині кримінально-правової охорони громадської безпеки має відбуватися з впровадженням ключового елемента принципу верховенства права, а саме шляхом досягнення належної юридичної визначеності норм. Крім того, доцільна криміналізація нових суспільно небезпечних діянь, вчинюваних або які можуть бути вчинені в умовах воєнного стану насамперед це стосується об'єктів життєзабезпечення та інших об'єктів критичної інфраструктури.

Узагальнено здійснено оцінювання сучасного стану розділу IX «Кримінальні правопорушення проти громадської безпеки» Особливої частини КК України та заходів, що приймалися законодавцем з 2014 року. Період аналізу охоплює два часових складника: перший – 2014 рік і до 23 лютого 2022 року (включно); другий – з 24 лютого цього року і на цей час.

З 2014 року в умовах окупації Криму і виходу з під контролю української влади частини території Луганської і Донецької областей до 23 лютого 2022 року у розділ IX Особливої частини КК України зазнали зміни 17 статей, а статті 258 і 270 – двічі, а також доповнено цій розділ 3-мя новими статтями (255–1–258-3).

За другий період з моменту початку війни внесено зміни до 1-єї статті – ст. 263 (і це вже другі зміни вказаної статті з 2014 року).

Аналіз таких змін дозволяє констатувати наявність реальних заходів, здійснюваних ВРУ щодо удосконалення кримінально-правової охорони громадської безпеки в напрямках боротьби: 1) *із організованою злочинністю та іншою терористичною діяльністю* (кримінальними правопорушеннями проти соціальних джерел загальнопідвищеної небезпеки (створенням та діяльністю злочинних об'єднань: злочинної організації, не передбачених законами України воєнізованих або збройних формувань, діяльністю, що з ними пов'язана, а також зі злочинним впливом злочинців в законі, зібранням представників злочинних організацій чи організованих груп – ст.ст. 255, 255–1–255–3, 256, 260 КК; терористичною діяльністю (статті 258, 258–1–

258–5 КК); 2) із кримінальними правопорушеннями проти інформаційно-психологічної безпеки (від інформаційної зброї) – ст. 259 КК та 3) проти безпеки деяких об'єктів – ст. 261 КК, а також 4) проти безпеки від предметів, що становлять загальнопідвищену небезпеку для оточення – ст.ст. 263, 265, 266, 267, 269 КК, 5) проти пожежної та техногенної безпеки – ст. 270 КК [3, с. 323, 324].

Разом з тим, 1) вчинення кримінальних правопорушень проти громадської безпеки в умовах воєнного стану залишилося поза увагою законодавця щодо визнається обставиною, що обтяжує кримінальну відповідальність за ці правопорушення; 2) є багато прогалин щодо юридичної визначеності норм (зокрема щодо банди, терористичного акту, терористичної групи, терористичної організації); 3) не криміналізовані посягання на певні об'єкти критичної інфраструктури, що забезпечують життєдіяльність населення (причому об'єкти енергозабезпечення, зв'язку і телекомунікації).

Щодо кримінального судочинства. У судовій практиці спостерігаються різні підходи до визначення ознак терористичних злочинів, що порушує законні права осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні таких кримінальних правопорушень, та осіб, визнаних потерпілими від певних терористичних кримінальних правопорушень. Зокрема, окремими судами при розгляді матеріалів кримінального провадження і винесенні обвинувального вироку порушується право людини на справедливий суд, що закріплено як принцип, стандарт кримінального судочинства в нормативно-правових документах Європейського Союзу і впроваджено в практику Європейського Суду з прав людини, а також передбачено українським законодавством. І перелік питань, що викликають труднощі в судовій практиці можна продовжувати. Це й питання визначеності ознак не тільки таких злочинних об'єднань як терористична група і терористична організація, а й організована група, банда, злочинна організація тощо.

З метою підвищення рівня охорони громадської безпеки в умовах воєнного стану, на мій погляд, необхідно здійснити такі заходи:

1. Стосовно організованої злочинності: надати визначення в статтях 255, 257, 258–3 навести визначення злочинної організації, банди, терористичної групи й терористичної організації, зокрема, шляхом передбачення дефініцій терористичної групи й терористичної організації, наведених в ст. 1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» із певним уточненням;

2. Продовжити удосконалення кримінального законодавства з метою підвищення ефективності боротьби з терористичною діяльністю шляхом викладення редакції ч. 1 ст. 258 КК в новій редакції, що авторитетних європейських інституцій, зокрема Ради Європи;

3. Стосовно низки кримінальних правопорушень проти громадської безпеки передбачити обставинами, що обтяжують кримінальну відповідальність за вчинення такого правопорушення в умовах воєнного стану (насамперед це стосується ст.ст. 255, 256, 258, 258-1-258-5; КК). Загальний підхід: створення та/або діяльність стійких злочинних об'єднань, терористичної діяльності, посягання на певні об'єкти критичної інфраструктури тощо в умовах воєнного стану слід карати більш суворо вже з моменту створення потенційної загрози настання тяжких наслідків;

4. Щодо закріплення в КК позиції стосовно існуючого взаємозв'язку громадської безпеки з міжнародною безпекою. У такому випадку важливим є той підхід, що обирається для визначення соціальних цінностей, охоронюваних за допомогою норм Кодексу, їх ієрархії. У цьому контексті для подальшого удосконалення кримінальної відповідальності за посягання на міжнародну безпеку необхідно вирішити низку питань щодо міжнародної терористичної діяльності і транснаціональної організованої злочинності стійких форм. Досі проблемним залишається досягнення в авторитетних європейських і міжнародних інституціях консенсусу щодо змісту понять «терористична діяльність», «терористичний акт», «терористичні злочини», а також «міжнародна терористична діяльність», «міжнародний терористичний акт», «міжнародні терористичні злочини». У таких реаліях ми маємо надати особисте бачення вирішення цих питань, пропозиції щодо яких нами вже розробляються.

У КК України доцільно: а) криміналізувати нові види міжнародної терористичної діяльності із закріпленням у відповідних нормах обов'язкових ознак цих явищ, зокрема, дезорганізуючий вплив на органи державної влади та місцевого самоврядування, певних службових осіб цих органів, вчиненого з терористичною метою; б) передбачити дефініції транснаціональної організованої групи, транснаціональної злочинної організації, транснаціональної терористичної групи й транснаціональної терористичної організації.

Наведені міркування є підґрунтям для продовження досліджень і дискусії із актуальних проблем кримінально-правової охорони громадської безпеки в умовах воєнного стану. Авторська позиція з цих питань буде і далі висвітлюватися в наукових джерелах інформації.

Список використаних джерел:

1. Глобальна та національна безпека: підручник / авт. кол. :В.І. Абрамов, Г. П. Ситник, В. Ф. Смолянюк та ін. / за заг. ред. Г. П. Ситника. Київ : НАДУ, 2016. 784 с.

2. Війна в Україні може спричинити глобальний голод –ООН. URL: <https://suspilne.media/219201-vijna-v-ukraini-moze-spriciniti-globalnij-golod-oon/>

3. Кримінальне право України: Особлива частина : підруч. / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. ; за ред. В. Я. Тація, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 6-те вид., перероб. і допов. Харків : Право, 2020. 768 с.

*Батургарєєва В. С.,
д.ю.н., професор,
директор Науково-дослідного інституту
вивчення проблем злочинності імені
академіка В. В. Сташица
НАПрН України,*

ЗАКОНОДАВЧІ НОВЕЛИ ЩОДО КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ІНФОРМАЦІЙНОГО ПРОСТОРУ В УМОВАХ ЗБРОЙНОЇ АГРЕСІЇ ПРОТИ УКРАЇНИ

Перед законодавцем, науковою і практичною спільнотою юристів у зв'язку з воєнними подіями, що мають місце на території нашої держави, постає чимало завдань правового супроводу всебічної протидії агресору та дотримання правопорядку на підконтрольній Україні території, у той час поки дається відсіч Російській Федерації на передовому краї оборони нашої держави.

Як відомо, війна «нового зразка», або «нового покоління», – не лише стратегія ведення війни у її класичному розумінні та битви на полі бою, а це й сучасна військова логістика, створення та підтримка відповідної політичної «атмосфери» ведення війн, робота з настроями великих груп населення, що є соціальною базою для схвалення відповідних дій або, навпаки, своєрідною «п'ятою колоною», що не згодна з воєнно-політичним курсом тієї чи іншої сторони військового протиборства. Інструментом, що опосередковує комунікацію з приводу перелічених «нюансів» війн, звісно ж, є інформаційний простір. Тут ми свідомо не беремо проблему доступності та якості (чистоти) останнього, а лише підкреслимо, що завдяки функціонуванню цього простору стають відомими результати будь-яких діянь, у тому числі протиправних. Більше того, він використовується як плацдарм для вчинення багатьох протиправних діянь. Раніше ми вже відмічали, що протиправні діяння в інформаційному просторі «паразитуєть» не лише на кіберпросторі як специфічному середовищі, існування якого не уявляється без його

опосередкування інформаційно-комунікаційними мережами та спеціальними пристроями, а й зумовлюють циркуляцію будь-якої інформації, з використанням якої може пов'язуватися вчинення злочину [1, с. 112].

Протягом лютого-квітня 2022 р. до чинного законодавства про кримінальну відповідальність прийнято низку змін і доповнень, а так само введено нові норми. І хоча, на наш погляд, законодавчі новели приймалися в умовах надвеликої емоційності і напруги, що створило, зокрема, колізійну ситуацію у застосуванні їх положень на практиці та породило чимало дискусій у форматі *pro et contra* певних законодавчих підходів, однак головною метою зазначеної новелізації є забезпечення саме кримінально-правового супроводу ефективної протидії збройній агресії та, повторимося, дотримання правопорядку на підконтрольній Україні території.

Як свідчить аналіз вивчених змін і доповнень зазначеного періоду, чимало з них спрямовано на захист інформаційного простору від загроз, які шкодять національній безпеці України в цілому та окремим її складовим, територіальній цілісності та суверенітету, обороноздатності держави, її економіці, праву українського народу на самовизначення, життю та здоров'ю громадян, а так само порушують засади миру та людяності.

В одних випадках убезпечення інформаційних відносин, з безлічі яких зітканий інформаційний простір як такий, є основним завданням захисту кримінально-правовими засобами, в інших – таке завдання вирішується одночасно із захистом правовідносин, що є основним об'єктом складу правопорушення (у таких випадках, напевно, доцільно вести мову про комплексний об'єкт кримінально-правової охорони). Про важливість забезпечення інформаційної безпеки говорить й у Конституції України. Так, згідно зі 17 Основного Закону захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної й інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього українського народу.

Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану» № 2149-IX від 24 березня 2022 р. [2] до статей 361 та 361¹ КК (Несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж) внесено зміни. Зміни до цих статей та їх викладення у новій редакції спрямовано на розв'язання принаймні трьох завдань: 1) приведення термінології, що вживається у зазначених статтях, у відповідність до Закону України «Про електронні комунікації» від 16 груд-

ня 2020 року № 1089-IX [3], а також вимог іншого законодавства України у сфері кібербезпеки; 2) диференціації у ст. 361 КК ступеня відповідальності за несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж з урахуванням наслідків, що настали через це, з відповідним посиленням санкцій за вчинення подібного втручання; 3) доповнення статті новою частиною п'ятою, якою передбачається відповідальність за вчинення аналізованих дій під час дії воєнного стану, що стала рефлексією на збройну агресію проти України з боку РФ.

Оскільки ракурс нашого аналізу сфокусований головним чином на злочинних проявах, що мають місце в умовах воєнного стану, який сьогодні діє на території України, то й міркування насамперед стосуватимуться особливостей запропонованих новел щодо такого періоду. У зв'язку із цим поміркуємо, чи всі діяння, що вчиняються у період часу тривання воєнного стану, доцільно кваліфікувати за ч. 5 ст. 361 КК?

Так, відомо, що комп'ютерне геймерство (захоплення комп'ютерними іграми, як правило, в режимі реального часу з використанням можливостей мережі Інтернету) інколи пов'язано з нечесними діями з боку окремих осіб, особливо коли це захоплення набуває монетизованої форми (продаж гравцем свого ігрового облікового запису або здійснення грошових вкладень у сферу віртуального простору для того, щоб отримати будь-які переваги під час ігрового процесу, купуючи певні віртуальні предмети). Такі нечесні дії можуть бути пов'язані з випадками викрадення у гравців предметів, персонажів гри, блокуванням акаунтів з подальшим вилученням елементів ігрового простору, на придбання яких витрачалися гроші або витрачалось багато часу для створення або набуття можливості використовувати їх. Відповідні дії є ні чим іншим, як несанкціонованим втручанням в роботу електронних комунікаційних мереж, до того ж здатним призвести до витоку, втрати, підробки, спотворення процесу обробки інформації та ін.

Однак, уявляється, що подібні дії менш за все «корелюється» з воєнним станом, а значить, їх кваліфікацію слід визнати, вочевидь, надмірною. Це, з одного боку. З другого боку, коли відбувається несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж об'єктів критичної інфраструктури в обстановці військових подій, і це призводить до серйозних збоїв у забезпечення життєдіяльності суспільства та відсічі ворога в такий час, то, без сумніву, під час кваліфікації вчиненого ця

обтяжуюча обставина має враховуватися. Водночас, цікаво відмітити, що обстановка воєнного стану чомусь не передбачена в інших комп'ютерних злочинах. При такому підході кримінально-правовий захист інформаційного простору має якийсь фрагментарний характер.

Розділ XVI Особливої частини КК України є, так би мовити, класичним прикладом захисту зазначеного простору. Але й в нормах інших розділів Особливої частини КК з'явилися доповнення, що так чи інакше стосуються забезпечення інформаційного простору. Так, наприклад, йдеться про статтю 114², якою Кодекс доповнено відповідним Законом України від 24 березня 2022 р. №2160-IX (зі змінами, внесеними згідно із Законом №2178-IX від 1 квітня 2022 р.) [4]. Предметом зазначеного злочину є певна інформація, що стосується, зокрема, руху різних видів зброї територією України, якщо така інформація не оприлюднювалася у відкритому доступі силовими структурами України або країнами-партнерами. Ця норма є темпоральною, оскільки її дія поширюється тільки на діяння, вчинені в умовах воєнного або надзвичайного стану. При цьому недаремно відповідну статтю введено до розділу I («Злочини проти основ національної безпеки України») Особливої частини КК, адже через порушення певного порядку циркуляції відповідної інформації у надзвичайно складний для країни час, що пов'язаний із необхідністю її оборони від ворога, завдається шкода інтересам держави і суспільства у сфері національної безпеки. Однак поряд із національною безпекою як такою її положення спрямовуються й на захист інформаційної безпеки як частини безпеки національної. Напевно, тут так само має йтися про комплексний об'єкт кримінально-правової охорони, який дозволяє охоплювати всі компоненти національної безпеки, включаючи й безпеку інформаційну.

Неабияку шкоду суспільним відносинам у сфері інформаційного простору завдають кримінальні правопорушення, пов'язані з масованою маніпуляцією певною інформацією, викривленням історичних фактів й подій, внаслідок чого саме в інформаційному просторі (через ЗМІ, різноманітні сучасні комунікатори, що доступні майже всім) має місце потужний вплив як на окремих осіб, так і на великі групи населення. На недопущення такого впливу внаслідок цілеспрямованої інформаційної діяльності спрямована нещодавно прийнята ст. 436¹ КК «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників». Саме в інформаційному просторі внаслідок зазначених протиправних дій з боку апологетів небезпечних «сентенцій» людина під-

дається свого роду зараженню шкідливими для українського соціуму ідеями й ідеалами. І хоча ця норма розміщена у розділі «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» Особливої частини КК, проте негативний вплив протиправних дій стає відчутним в інформаційній сфері, в якій постійно перебуває людина, і за допомогою інструментів саме інформаційного простору.

Подібні міркування стосуються й кримінально-правової новели, передбаченої ст. 111¹ КК («Колабораційна діяльність» (у частині публічного заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України та публічних закликів щодо всілякого співробітництва з окупаційною владою, а також пропаганди відповідних подій у закладах освіти тощо)). У цьому випадку, як справедливо наголошує О. Кравчук та М. Бондаренко, будь-яка інформаційна діяльність утворює склад злочину, якщо вона відповідає двом ознакам: (1) здійснюється в співпраці з державою-агресором та/або її окупаційною адміністрацією, (2) має відповідне спрямування – на підтримку держави-агресора, її окупаційної адміністрації чи збройних формувань та/або на уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України [5].

Список використаних джерел:

1. Батиргареева В. С. Концептуальна модель захисту інформаційного простору України засобами кримінального права. *Інформація і право*. № 1(32)/2020. С. 110–119.

2. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану: Закон України від 24 березня 2022 р. № 2149-IX. *Урядовий кур'єр*. 2022. 5 квіт. № 78.

3. Про електронні комунікації: Закон України від 16 грудня 2020 р. № 1089-IX. *Офіційний вісник України*. 2021. 26 січ. № 6. Ст. 306.

4. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану: Закон України від 24 березня 2022 р. № 2160-IX. *Урядовий кур'єр*. 2022. 28 березн. № 71.

5. Кравчук О., Бондаренко М. Колабораційна діяльність: аналіз нової статті 111–1 Кримінального кодексу України. UTL: <http://hrvector.org/podiyi/22-03-20-mbo>.

Гаджук (Чорна) О. С.,
доктор філософії, адвокат,
помічник-консультант народного
депутата України

ПРО СИСТЕМНІСТЬ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА НА ПРИКЛАДІ ВИКОРИСТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОЇ ОЗНАКИ «В УМОВАХ ВОЄННОГО ЧИ НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ»

Згідно із сучасними науковими уявленнями до феномена правової системи належать такі основні елементи: система права й система законодавства, правові відносини, юридична практика, тобто діяльність правотворчих, правозастосовних і правоохоронних органів, правова політика й ідеологія, правосвідомість і правова культура, юридична наука й освіта тощо [1, с. 39].

Водночас необхідно розуміти, що поняття «система законодавства» і «системність законодавства» хоча і є близькими, але не є тотожними. Вони відрізняються з огляду на зміст відповідних понять – «система» і «системність».

Слово «система» у першому значенні означає «порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням та взаємним зв'язком частин чого-небудь» [2, с. 203], тоді як «системність» розуміється як властивість будь-чого, яка стосується поняття «система» у першому значенні [2, с. 205].

На підставі цього системність законодавства варто розуміти як таку властивість, що уособлює його порядок, планомірне розташування і взаємний зв'язок розділів, підрозділів, статей та окремих законодавчих понять. Системність законодавства спрощує його розуміння і застосування. Це означає, що законодавець зобов'язаний під час внесення змін і доповнень до відповідних актів враховувати системність законодавства і якомога менше спричиняти дисбаланс правового регулювання.

Ми вже привертали увагу до того, що «діяльність законотворчих органів не завжди є раціональною і підпорядкованою закономірностям, встановленим наукою кримінального права. Через це ми часто спостерігаємо прагнення законодавця передбачити додаткові кримінально-правові норми, які, на думку авторів цих законопроектів, повинні запобігти певній антиправній поведінці. Натомість ентропія кримінально-правової системи збільшується, виникають дисбаланси у кримінально-правовому регулюванні» [3, с. 160].

Останнім часом у зв'язку із вторгненням держави-агресора і запровадженням правового режиму воєнного стану Верховна Рада України внесла низку змін до КК України (далі – Кодекс). Ці зміни торкнулися як Загальної частини Кодексу (наприклад, його доповнено статтею 43–1 «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», тобто передбачено нову обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння), так і Особливої частини Кодексу. Остання зазнала більш широкого втручання парламентарів.

На наш погляд, окремої уваги потребує ознака «в умовах воєнного чи надзвичайного стану», яку законодавець широко використовує у низці кримінально-правових норм Особливої частини Кодексу.

Підкреслимо, що ознака «вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій» є усталеним для вітчизняного кримінального законодавства правовим засобом індивідуалізації кримінального покарання під час його призначення. Вона передбачена п. 11 ч. 1 ст. 67 Кодексу як обставина, що обтяжує покарання.

Водночас виникає запитання – до якої ознаки складу кримінального правопорушення варто віднести «вчинення злочину в умовах воєнного чи надзвичайного стану»? Оскільки йдеться про зовнішні ознаки посягання, то очевидно, що вчинення злочину в умовах воєнного стану стосується такого елемента складу, як об'єктивна сторона. Але яка саме ознака об'єктивної сторони складу правопорушення має охоплювати ці умови воєнного стану? Час вчинення злочину, місце вчинення злочину чи обстановка вчинення злочину? Для відповіді на це питання варто звернутися до поширеного у вітчизняній теорії кримінального права методу лінгвістичного тлумачення кримінально-правових норм. Як зазначає Т. В. Родіонова [4, с. 168], цей метод запропонував свого часу К. Л. Аюєв [5, с. 28], а надалі він зазнав розвитку у працях З. А. Загіней [6, с. 253], А. А. Музики і Є. В. Лашука [7, с. 158] та інших науковців [8, с. 87–88].

На наш погляд, з лінгвістичної точки зору до поняття «в умовах воєнного чи надзвичайного стану» допустимо поставити як питання (*де?*) – в умовах воєнного стану, так і питання (*коли?*) – в умовах воєнного стану. Одночасно можлива постановка обох питань свідчить про таку ознаку, як обстановка вчинення злочину, яка певною мірою поєднує місце і час вчинення злочину.

Тепер виникає наступне питання: наскільки системним є використання законодавцем цієї ознаки як такої, що впливає на кваліфікацію? Розглянемо на прикладі злочинів проти власності.

Ознакою «вчинення злочину в умовах воєнного чи надзвичайного стану» Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство» від 3 березня 2022 року №2117-IX доповнено такі статті:

- а) частина четверта статті 185 після слів «у великих розмірах»;
- б) частина четверта статті 186 після слів «у великих розмірах»;
- в) частина четверта статті 187 після слів «організованою групою»;
- г) частина четверта статті 189 після слів «організованою групою»;
- ґ) частина четверта статті 191 після слів «у великих розмірах».

З огляду на повідомлення засобів масової інформації привертає увагу те, наскільки розповсюдженими є випадки шахрайства під час воєнного стану. Звідусіль надходять повідомлення про затримання осіб, які вчинили шахрайські дії з коштами, що надходять на підтримку збройних сил України. Отож, згідно з позицією законодавця, це не є мародерством? Зокрема, якими аргументами обґрунтовано запровадження ознаки «вчинення злочину в умовах воєнного чи надзвичайного стану» за привласнення, розтрату чи заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем та, відповідно, її ігнорування у випадку вчинення шахрайства? Вважаємо, що законодавець у цій ситуації діє непослідовно і безсистемно.

Все викладене додатково привертає увагу до актуальної проблеми щодо співвідношення норм Загальної і Особливої частин Кодексу. Чим більш досконалою і розвинутою є Загальна частина, тим менш об'ємною може бути Особлива Кодексу. Якщо його Загальна частина міститиме повний перелік кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих обставин, то у законодавця надалі не буде потреби у «крапкових» змінах норм Особливої частини Кодексу. Тим більше, що ці зміни і доповнення часто мають безсистемний, нелогічний і кримінологічно не обґрунтований характер.

Список використаних джерел:

1. Шемшученко Ю. С. Правова система. Юридична енциклопедія: в 6 т. Редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 5: П – С. Київ, 2003. 736 с.
2. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Том 9. 1978. 917 с.
3. Чорна О. С. Кримінальна відповідальність за невиконання судового рішення: дис. ... доктора філософії. Спеціальність 081 – Право. Київ, 2020. 271 с.
4. Родіонова Т. В. Розмежування понять «місце вчинення злочину», «предмет злочину» та «обстановка вчинення злочину». *Наука і правоохорона*. 2015. №4 (30). С. 166–172.

5. Акоев К. Л. Место совершения преступления и его уголовно-правовое значение / Научная редакция и предисловие А. В. Наумова. Ставрополь: Сервисшкола, 2000. 176 с.
6. Загиней З. Кримінально-правова герменевтика: монографія. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2015. 380 с.
7. Музика А. А., Лащук Є. В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання: монографія. Київ: ПАЛИВОДА А. В., 2011. 192 с.
8. Присяжнюк І. І. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканості житла або іншого володіння особи в Україні: моногр. / за наук. ред. З. А. Тростюк. Київ: Національна академія прокуратура; Кіровоград: МПП «Антураж А», 2011. 290 с.

II. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛЬНОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Смородинський В. С.,

к.ю.н., доцент,

*доцент кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА У ПРАВОВОМУ РЕЖИМІ ВОЄННОГО СТАНУ

Правовий режим – це особливий порядок правового регулювання певної сфери суспільних відносин, що забезпечується шляхом специфічного поєднання його методів, способів і типів. Залежно від комбінацій елементів правового регулювання правові режими можуть бути жорсткими чи м'якими, стимулювальними чи обмежувальними, тощо. Запроваджуються певні режими зазвичай на законодавчому рівні з метою встановлення необхідного рівня інтенсивності, «напруженості» правового регулювання. Звісно, правовий режим воєнного стану через його специфіку та з урахуванням особливої значущості конституційних цінностей, що підлягають захисту (життя, здоров'я громадян, право власності, державний суверенітет тощо) є максимально потужним, характеризується активним використанням імперативного методу правового регулювання, законодавчо встановлених процедур, запровадження найжорсткіших видів та розмірів юридичної відповідальності за недотримання цих процедур тощо.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» 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 лю-

дини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень. Частина друга ст. 64 Конституції України передбачає встановлення в умовах воєнного стану окремих обмежень прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Водночас не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені статтями 24, 25, 27–29, 40, 47, 51, 52, 55–63 Конституції. Такий режим запроваджено в Україні Указом Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24.02.2022 р. (зі змінами), затвердженого Законом України від 24.02.2022 р., через повномасштабну агресію РФ.

Системне тлумачення наведених норм права, передусім категоричних конституційних виключень з дозволених обмежень прав людини, доводить, що в умовах правового режиму воєнного стану верховенство права як комплексний принцип права, що ґрунтується на загально визначених правових цінностях, об'єднує загальні принципи права як засадничі обов'язкові вимоги до правового регулювання, правотворчості, реалізації та застосування права й має на меті обмеження свавілля влади і захист прав людини не підлягає обмеженню, а його вимоги – довільній інтерпретації.

Невипадково справжній розквіт концепції верховенства права відбувся саме у ХХ ст. До цього спонукала низка об'єктивних факторів: 1) сумний для всієї людської цивілізації досвід тоталітаризму (як квінтесенції необмеженого правом державного свавілля) та світові війни (друга – найкривавіша – стала очевидним наслідком тоталітаризму). Разом це призвело до передчасної загибелі сотні мільйонів людей й спонукало до пошуків надійних, ефективних засобів недопущення цих трагедій у подальшому; як наслідок, 2) розвиток міжнародного правопорядку та міжнаціональних правових систем, що ґрунтуються не на нормах національного права, а на загальних правових принципах та міжнародних договорах; 3) звернення до природного права як запобіжника абсолютизації державних законодавчих приписів – природного, передусім, у тому сенсі, що мораль становить не лише бажану, а невід'ємну обов'язкову складову права, є критерієм визначення закріпленого у державному законі юридичного правила або як правового, або як свавільного, отже протиправного.

Британський правознавець лорд Томас Бінгем у своїй славетній лекції з верховенства права стрижнем цього принципу визначає те, що «всі особи та органи влади в державі, як публічні, так і приватні, мають бути зв'язані та мати право користуватися законами, що є відкрито проголошеними, діють на майбутнє та відкрито застосовуються в судах». Він визначає вісім підправил, що становлять зміст цього принципу (правила): 1) закон має бути

доступним та, наскільки це можливо, зрозумілим, ясним і передбачуваним; 2) питання права та юридичної відповідальності мають вирішуватися шляхом правозастосування, а не на підставі вільного розсуду; 3) законодавство країни має застосовуватись до всіх однаково, за винятком випадків, коли певні об'єктивні умови слугують достатнім виправданням для диференціації; 4) законодавство має забезпечувати належний захист фундаментальних прав людини; 5) мають бути забезпечені засоби для вирішення у судовому порядку правових спорів, які сторони не можуть вирішити самостійно; 6) державні службовці всіх рівнів повинні здійснювати надані їм повноваження розумно, сумлінно, виключно для тих цілей, для яких ці повноваження надавались, та без перевищення меж наданих повноважень; 7) судові процедури, що встановлюються державою, мають бути справедливими; 8) держава повинна виконувати свої зобов'язання перед міжнародним правом.

Сучасна доктрина верховенства права увібрала в себе усі важливі досягнення тисячолітньої історії правової думки та практики її реалізації. Водночас вона постійно розвивається й удосконалюється. Джерелами її модернізації у відповідності до сучасних вимог є передусім юридична наука й судова практика.

Легітимними цілями принципу верховенства права є обмеження свавілля влади та захист прав людини. Причому «ідея обмеження свавілля є відповіддю на питання «що нам слід робити?» (нам слід обмежувати владу). Водночас ідея захисту прав людини є відповіддю на питання «чому нам слід це робити?» (нам слід обмежувати владу, щоб захистити права людини)». Верховенство права є його верховенством не над державою, а над іншим специфічним соціальним регулятором (неправовим та ненормативним) – суспільним, передусім державним, свавіллям. Хоча останнє часто-густо здається ефективним і простим у реалізації інструментом задоволення соціальних потреб, проте це дуже небезпечний інструмент, що є антиподом верховенства права і рано чи пізно неминуче повертається безжалісним бумерангом до тих, хто його використовує. Вибір між верховенством права і суспільним свавіллям є важким, але очевидним цивілізаційним вибором на користь верховенства права.

Верховенство права разом з демократією і правами людини вважається однією з трьох засад Ради Європи, що закріплені у Преамбулі до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також у низці інших міжнародних документів у сфері прав людини. Законодавцві, особливо при створенні та зміні норм кримінального права, слід жорстко дотримуватися обов'язкових вимог верховенства права, передусім тих, на які, з метою кон-

кретизації його змісту та практичної його застосовності в юридичній, передусім судовій, практиці, вказала Європейська Комісія «За демократію через право» (Венеційська Комісія) у Доповіді про верховенство права та Контрольному переліку питань для оцінки дотримання верховенства права (The Rule of Law Checklist): 1) законність; 2) правова визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами; 5) дотримання прав людини; 6) заборона дискримінації та рівність перед законом. Слід мати на увазі, що зміст верховенства права не обмежується зазначеними у Доповіді вимогами. Його впровадження у правове регулювання, в усі види юридичної діяльності, передусім у правотворчість та правозастосування, передбачає також: 1) забезпечення правових цінностей (людської гідності, свободи, справедливості, рівності); 2) дотримання не поіменованих у Доповіді загальних принципів права (пропорційності, розумності, сумлінності та ін.), галузевих юридичних принципів (зокрема презумпції невинуватості, заборони зворотної дії нормативно-правових актів), принципів організації та діяльності державних органів (поділу влади, належного врядування, належного адміністрування) тощо.

При створенні та закріпленні норм кримінального права воєнного часу законодавцеві слід звертати особливу увагу на дотримання двох значущих загальних принципів права, перший з яких (правова визначеність) є стрижневою вимогою верховенства права, а другий (пропорційність) – універсальним інструментом досягнення справедливості у правовому регулюванні.

Правова визначеність (legal certainty, у різних джерелах ще перекладається як «юридична визначеність» та «правопевність») є вимогою верховенства права, що передбачає легкість і доступність з'ясування змісту права та юридично забезпечену можливість скористатися цим правом. Відповідно до цієї вимоги: усі правові акти мають бути викладені зрозумілою мовою й оприлюднені (опубліковані); зворотню дію правових актів має бути заборонено (крім визначених законом винятків, запроваджених з метою покращення становища приватних осіб); судова практика має бути послідовною; законодавство має бути придатним для застосування із забезпеченням його виконання. У Контрольному переліку питань для оцінки дотримання верховенства права (The Rule of Law Checklist) Венеційська Комісія, зокрема, зазначила, що правові акти мають бути не лише проголошеними ще до набрання ними чинності, а й передбачуваними за своїми наслідками – їх має бути сформульовано з достатньою чіткістю та зрозумілістю, аби їхні адресати мали змогу впорядкувати свою поведінку у відповідності до них.

Принцип пропорційності (розмірності, балансування) є ефективним інструментом досягнення справедливості у праві (передусім шляхом «тестування», тобто перевірки правових актів на відповідність цьому принципу – як авторами під час їх створення, так і правозастосовними органами, зокрема судом). У сучасному праві цей принцип було ретельно опрацьовано як науковою доктриною, так і судовою практикою, зокрема Федеральним Конституційним Судом Німеччини (який у 1965 р. визначив його як неписаний конституційний принцип, який походить з принципу верховенства права), ЄСПЛ, Верховним Судом Ізраїлю та ін.

Відповідно до цього принципу підлягає балансуванню: а) «публічний (загальний) інтерес – приватний інтерес». Внаслідок збалансування публічних і приватних інтересів обмеження прав людини заради відповідного публічного інтересу має бути виправданим, а міра цих обмежень – необхідною й обґрунтованою; б) «приватний інтерес – приватний інтерес». Це дозволяє встановити співвідношення між інтересами приватних осіб, щоб визначити, яке право має перевагу, а яким слід поступитися; в) «обмеження чи преференція – мета». Принцип пропорційності використовується у разі необхідності збалансувати обтяження у правовому статусі індивіда з метою такого обтяження. Для досягнення певної мети органи влади можуть накладати на громадян лише такі заборони й обов'язки, які не перевищують установлені межі необхідності, що впливають з публічного інтересу. Зобов'язання, яке явно непропорційне меті його встановлення, слід визнати неправомірним.

Для реалізації принципу пропорційності слід визначити три контрольні моменти (складові «трискладового тесту на пропорційність»): 1) обрані у правовому акті засоби повинні оптимально слугувати досягненню легітимної мети (доречність); 2) обрані засоби повинні мінімально обмежувати гарантовані конституційні права (необхідність); 3) обрані засоби повинні розумно й адекватно співвідноситися з переслідуваними цілями (балансування, або пропорційність у вузькому сенсі). У свою чергу ЄСПЛ виокремив чотири питання, на які у світлі Конвенції необхідно відповісти при оцінці правомірності та виправданості обмеження права людини (втручання в нього) певним оскаржуваним рішенням (актом) публічної влади («чотирискладовий тест ЄСПЛ на пропорційність»): 1) Чи було оскаржуване обмеження (втручання) передбачене законом (тут має застосовуватися автономне поняття «закона», до змісту якого входять не лише нормативно-правові акти, а й стала судова практика)? 2) Чи переслідувало оскаржуване обмеження (втручання) легітимну мету (одну із зазначених у Конвенції легітимних цілей)? 3) Чи було оскаржуване обмеження (втручання) необхідним у демо-

кратичному суспільстві? 4) Чи було оскаржуване обмеження (втручання) розмірним до тієї правомірної мети, яка ним досягалася?

*Тимофєєва Л. Ю.,
к.ю.н., доцентка кафедри кримінального
права
Національного університету «Одеська
юридична академія»*

ПЕРЕОСМИСЛЕННЯ ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА В УМОВАХ ВІЙНИ

Незважаючи на міжнародні документи, які спрямовані на захист прав людини, норми національного законодавства, дипломатичні відносини та домовленості, Російська Федерація почала активні бойові дії на території України.

Наразі як ніколи постає питання доцільності законодавства, міжнародних договорів. Питання цінності таких документів, цінності наукових досліджень в цій сфері, питання цінності та призначення кримінального права, а також його принципів.

Багато вчених та науковців досліджували питання принципів кримінального права. Разом з тим, враховуючи події, які відбуваються в Україні питання реалізації принципів кримінального права набуває нового сенсу, нового змісту як і багато іншого.

Найбільш чутливі теми пов'язані із реалізацією принципів розкриті в літературі про політичні режими минулого, про катування в концтаборах, про знущання держави над народом.

Зокрема зараз отримує зовсім інший сенс, ніж раніше роман Дж. Оруела «1984». Раніше він був про минуле, про радянську владу, про її злочинні методи. Зараз – це наше сьогоднішнє. Особливо коли мова йде про «Міністерство правди», яке займається брехнею та маніпуляціями з інформацією, «Міністерство любові», яке займається катуваннями, «Міністерство миру», яке займається війною, поліція думок, яка не припускає можливості думати, а будь яку альтернативну думку, чи аналітику, чи почуття вважає злочином...

В державі, яка описана в цьому романі, законів та відповідно передбачених законом злочинів та покарань також немає. Але кожен розуміє, що вчинення будь чого, що прямо «не дозволяється», того що «не роблять інші», бути інакшим, мати «інші» думки та погляди, задавати питання, пам'ятати

події та людей, яких знищили, демонструвати невдоволення нестерпним життям – є злочином. Головний герой роману купує зошит у старому магазині і вже відчуває себе злочинцем, тим паче він відчуває себе злочинцем, коли починає писати щоденник.

Цей роман, відображає найбільш чутливі принципи кримінального права – **визначеність та гуманізм**.

Поняття злочину та покарання умовно. Воно змінюється протягом часу. Основна ідея в тому, щоб перелік злочинів та покарань за них був чітко та однозначно сформульований в законодавстві. Кожен має мати змогу знати за, що в державі передбачено кримінальну відповідальність.

Також пов'язаний із цим підхід класичної школи кримінального права «за злочин – покарання». Він базується на тому, що держава реагує кримінально-правовими засобами саме на вчинене діяння, яке передбачено як злочин в чинному кримінальному законі. Ніхто не може бути покараний за думки, за почуття, за мислення як таке. Навіть Гете у «Фаусті» зазначав щодо цього «Думка не може творити та діяти, отже початок буття у діянні».

Притягати до кримінальної відповідальності може тільки людина, яка вчинила кримінально-протиправне діяння, яке визначено як злочин в кримінальному законі держави. Вона має чітко та однозначно знати про таку відповідальність. І якщо вже вчинила злочин, то підлягати відповідальності у визначеному законом порядку. В сучасному кримінальному праві **принцип визначеності** є одним з основних його принципів. Зокрема в РФ людей затримують за носіння жовто-блакитного взуття, жовто-блакитного манікюру, за зірочки на плакатах. Все це порушує принцип правової визначеності та положення щодо свободи вираження поглядів згідно ст. 10 Конвенції про захист прав та основоположних свобод 1950 р.

Принцип гуманізму виражається в тому, що людина, яка вчиняє злочин, в тому числі воєнний, або злочин проти людяності все ще людина з її правами та свободами. Людина, яка переступила закон. Держава має відреагувати на діяння людини. Але таке «реагування» не має перетворюватись на злочин. Також держава закладає мету виправлення такої людини тими засобами, які передбачені кримінальним законом (ст. 50 КК).

Жодна людина не має піддаватись катуванню, нелюдському чи такому що принижує честь та гідність поводження (ч. 3 ст. 50 КК). Катування та нелюдське поводження прямо заборонено ст. 3 Конвенції із захисту прав та основоположних свобод 1950 р.

З цього принципу також витікають положення Женевської Конвенції щодо поводження з військовополоненими від 12.08.1949 р.

Відповідно до ст. 3 Женевської конвенції з особами, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема з тими особами зі складу збройних сил, які склали зброю, а також тими, які припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини, поводяться за будь-яких обставин гуманно, без будь-якої дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, релігії чи вірування, статі, походження чи майнового становища чи будь-якими іншими аналогічними критеріями. Із цією метою заборонено зараз і надалі вчиняти стосовно зазначених вище осіб такі дії: а) насилля над життям та особистістю, зокрема всі види вбивств, завдання каліцтва, жорстоке поводження й тортури; б) захоплення заручників; с) наругу над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе поводження; д) засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії визнані цивілізованими народами як необхідні.

Принцип невідворотності кримінальної відповідальності. Весь світ жахається від звірств, які були у Бучі, згвалтувань на очах у дітей, згвалтувань дітей. Вижили деякі очевидці та жертви цих звірств. Путін та російське керівництво наполягає, що цього не було.

На всі ці злочини має бути відповідна реакція міжнародних інституцій та держави. Важливо, що кожне діяння, та діяння кожної людини кваліфікуються окремо. Це не злочини одного лише Путіна, не лише одних командирів, які віддавали накази.

Офіс прокурора Міжнародного кримінального суду з 28 лютого 2022 р. почав розслідування щодо ситуації в Україні. 13 квітня 2022 р. прокурор Міжнародного кримінального суду відвідав «Бучу» в Київській області як місце вчинення воєнних злочинів. Але уряд РФ продовжує наполягати, що всі ці трупи в «Бучі» є інсценуванням США.

23 квітня 2022 р. напередодні Великодня було нанесено ракетні удари по Одесі, одна з яких влучила в житловий будинок. Внаслідок чого загинуло 9 мирних жителів, серед яких тримісячна дитина, зруйновано квартири громадян. 24 квітня на Великдень також були обстріли Донецької та Луганської області, обстріли церков. Жоден з обстрілів не визнається стороною агресора. Вина перекладається на Україну. Зокрема щодо події в Одесі інтерпретуються як результат роботи українського ППО.

Важливо, що кожне діяння, та діяння кожної людини кваліфікуються окремо. Це не злочини одного лише Путіна, не лише одних командирів, які віддавали накази. **Принцип особистої винуватої відповідальності** є також одним з основних принципів кримінального права. За чинним КК України немає колективної відповідальності. Кожне діяння вчиняється конкретною людиною.

Людська поведінка залежить як від зовнішніх (наприклад, наказ), так і внутрішніх факторів. До внутрішніх (суб'єктивних) факторів відносяться наявність вини, тобто можливість усвідомлювати кримінальну протиправність діяння, передбачати настання наслідків та бажати їх настання; мета, мотив, емоційний стан.

Криміналізація колабораційної діяльності (ст. 111–1 КК) згідно із Законом № 2108-IX від 03.03.2022 р. також не суперечить цьому принципу оскільки людина має усвідомлювати, що такою діяльністю сприяє вчиненню воєнних злочинів стороною країни агресора. Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність передбачена в кримінальному законодавстві інших країн, зокрема КК Литви.

Висновки. Наявність права та закону є цінністю. Коли закон кодифікований, структурований, зрозумілий та чіткий людина може співставляти свою поведінку з цим законом. Якщо людина обирає вчинити злочин, вона робить це враховуючи усвідомлення протиправності такого діяння та наявності відповідного покарання або заходу кримінально-правового характеру за таке діяння. Отже уряд в такому випадку має всі моральні та законні підстави притягати таку людину до кримінальної відповідальності.

Поняття воєнних злочинів, геноциду, вбивства, зґвалтування, крадіжки чітко передбачено в міжнародних договорах, національному законодавстві, як України так і Російської Федерації. Отже кожен солдат, який натиснув на спусковий гачок, який застосував зброю масового ураження по жилих будинках, кожен командир, який віддавав відповідний наказ, – мають нести кримінальну відповідальність.

Акімов М. О.,

к.ю.н., доцент,

*доцент кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх справ*

ВИКОНАННЯ ОBOB'ЯЗКУ ЩОДО ЗАХИСТУ ВІТЧИЗНИ, НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ЦІЛІСНОСТІ УКРАЇНИ: ДО ПИТАННЯ ПРО МІСЦЕ НОРМИ У КК УКРАЇНИ

Від початку збройної агресії проти нашої держави 24 лютого 2022 року вже прийняті та набули чинності 12 законів про внесення змін та доповнень

до Кримінального кодексу (далі – КК) України [2]. Природно, що і в мирний час доповнення законодавства про кримінальну відповідальність новими статтями (частина статей) доволі часто критично сприймається практиками та науковою спільнотою. Ситуація тим більше ускладнюється у період війни, коли суб'єкти права на законодавчу ініціативу, посилаючись на брак часу, а то й виключно на «нагальну потребу», «суспільний запит» чи інші подібні міркування, взагалі не вважають за доцільне ані проводити ґрунтовну експертизу законопроектів, ані брати до уваги висновки відповідних фахових досліджень.

Як відомо, проектом Закону України від 13 березня 2022 року № 7145 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану» [7], що був прийнятий (із зміненою назвою) Верховною Радою України 15 березня 2022 року за № 2124-ІХ, підписаний Президентом України 20 березня 2022 року та набув чинності наступного дня (21 березня 2022 року), до КК України було внесено статтю 43–1. Згідно неї до переліку обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, була додана нова – «виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України».

Вказану новелу вже піддав ґрунтовному аналізу М. І. Хавронюк, висвітливши при цьому створені законодавцем суперечності [4]. Підтримуючи зроблені ним критичні зауваження та поділяючи позицію щодо наявних дублювань і суперечностей у прийнятому законі, ми все ж вважаємо за необхідне висловити деякі власні міркування з цього приводу.

У теорії кримінального права усталеною є точка зору щодо розташування спеціальних норм після загальних та спрямування перших на врегулювання визначеної частини (сегменту) певної сфери суспільних відносин, що загалом вже врегульовані (і таке регулювання лише потребує конкретизації). Керуючись даним правилом, законодавець і визначає місце нових статей (і навіть цілих розділів) у системі КК України; власне цим і обґрунтовується розташування статті про виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України у розділі VIII «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» Загальної частини КК України.

Окремо зазначимо, що законодавець вже вдруге протягом воєнного часу (після Закону України від 03 березня 2022 року № 2110-ІХ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної

відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції» [6]) припустився неординарної помилки, вказавши в тексті закону конкретний розділ КК України, до якого вносяться доповнення, і не зазначивши при цьому, про яку саме частину законодавства про кримінальну відповідальність (Загальну чи Особливу) йдеться; як завжди, залишається сподіватись на сумлінне правозастосування цієї новели.

Проаналізувавши частини першу та четверту статті 43–1 КК України, суто теоретично можна обґрунтувати, що стаття із цими кримінально-правовими нормами має розташовуватись в Особливій частині – у розділі XIX «Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення)» (за умовним номером 401–1) або у розділі XX «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку» (за умовним номером 437–1). Тим більше, що суб'єкт права на законодавчу ініціативу жодним чином не обґрунтовує у пояснювальній записці до проєкту закону потребу визначення виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України саме обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння, а не підставою для спеціального звільнення від кримінальної відповідальності – він лише констатує це [7]. Залишається лише припустити, що, по-перше, передбачена статтями 286 та 287 Кримінального процесуального кодексу України [3] процедура звільнення від кримінальної відповідальності, є невинноватою довгою, громіздкою та затратною в сучасних умовах, та по-друге, коло осіб, на яких розповсюджується чинність статті 43–1 КК України набагато ширше суб'єктів діянь, передбачених розділами XIX та XX Особливої частини.

Дійсно, сьогодні звільнення особи від кримінальної відповідальності (як за нормами Загальної, так і за нормами Особливої частини КК України) можливе лише за рішенням суду, за результатами розгляду клопотання прокурора і лише якщо цій особі попередньо було повідомлено про підозру, а вона сама надала письмову згоду на таке звільнення. Зрозуміло, що під час відсічі збройної агресії проти України реалізація перерахованих процесуальних дій навряд чи буде можливою та доцільною. Що до кола осіб, то згідно частини першої статті 65 Конституції України про те, що захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України є обов'язком громадян України [1]. Поняття ж «громадянин України» явно включає не тільки «військовослужбовців Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України,

Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, а також інші особи, визначені законом» (частина друга ст. 401 КК України), але й інших осіб. Таким чином, рішення законодавця щодо віднесення норми, що розглядається, до розділу VIII «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» Загальної частини КК України є, на нашу думку, цілком обґрунтованим.

Ми не випадково згадали вище лише дві частини – першу та четверту – ст. 43–1 КК України. Справа в тому, що частини друга та третя цієї статті є нічим іншим як подальшим ускладненням правового регулювання, що його розпочав Закон України від 03 березня 2022 року № 2114-IX «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» [9]. Адже цей Закон (ст.ст. 1 та 4) трансформував вказаний вище конституційний обов'язок громадянина щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України у право у період дії воєнного стану брати участь у відсічі та стримуванні збройної агресії однієї конкретної держави (цікаво, якщо агресію проти України тепер чи у майбутньому вчинить інша держава, чи правомірною буде участь у відсічі та стримуванні такої агресії?), хоча обов'язок і право кардинально відрізняються між собою. Більше того, Конституція України має найвищу юридичну силу, закони та інші нормативно-правові акти приймаються на її основі і повинні відповідати їй (частина друга ст. 8 Конституції України). Тепер же порядок одночасно унормований і КК України, і окремим законом, при цьому зроблено це не просто по-різному – відповідні статті частково дублюють одна одну, а частково розширюють суміжні положення.

Повертаючись до питання про порядок розташування норм (загальна передусє спеціальній), зауважимо, що і в Конституції України обов'язку громадянина захищати Вітчизну, незалежність та територіальну цілісність України (частина перша ст. 65) передусє право кожного будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (частина шоста ст. 55). Ураховуючи це, а також викладені вище міркування, більш прийнятним було б розташувати норму про виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, після ст. 36 «Необхідна оборона» КК України (умовний номер 36–1). Адже захист власної держави, її суверенітету, незалежності та територіальної цілісності є нічим іншим ніж різновидом (окремим випадком) самозахисту, захисту власної родини, житла та майна.

Натомість під номером 43–1 КК України має бути доповнений іншою статтею. Наразі ст. 43 визначає як обставину, що виключає кримінальну

протиправність діяння, виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації. Ці положення доповнює частина третя ст. 13 Закону України від 30 червня 1993 року № 3341-ХІІ «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю», згідно якої шкода або збитки, завдані діями негласного співробітника під час виконання доручення під легендою прикриття в складі організованого злочинного угруповання, відшкодовуються за рахунок державного бюджету, а сам він не несе відповідальності за завдані ним шкоду або збитки, якщо його дії були необхідними для виконання доручення [11].

Відомо, що на окупованих протягом збройної агресії проти України територіях нашої держави певні особи з тих чи інших міркувань стають на шлях співробітництва з окупантами, і таке співробітництво має різні форми. Для запобігання подібним спробам та для покарання винних у них прийняті Закони України від 03 березня 2022 року № 2108-ІХ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» [5] та від 14 квітня 2022 року № 2198-ІХ «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» [8], згідно з якими КК України доповнений ст.ст. 111–1 «Колабораційна діяльність» та ст. 111–2 «Пособництво держав-агресору» відповідно. Але при цьому суб'єкт права на законодавчу ініціативу не передбачив жодної можливості для вказаних вище осіб уникнути кримінальної відповідальності завдяки певній соціально корисній поведінці навіть після вчинення кримінально протиправного діяння (на відміну від положень частини другої ст. 111, частини другої ст. 255, частини шостої ст. 258, частини шостої ст. 260 КК України тощо).

До того ж наявність даних кримінально-правових норм унеможлиблює використання кадрових співробітників та осіб, які співробітничать на конфіденційній основі з розвідувальними та контррозвідувальними органами України, у боротьбі з ворогом шляхом їх впровадження під легендою прикриття у створювані окупантами «органи влади». Згідно частини першої ст. 21 та частини четвертої ст. 35 Закону України від 17 вересня 2020 року № 912-ІХ «Про розвідку» кадрові співробітники та особи, залучені до конфіденційного співробітництва, в інтересах забезпечення національної безпеки і оборони можуть виконувати заздалегідь затверджені керівником

розвідувального органу розвідувальні (спеціальні) завдання, перебуваючи у складі організацій, що створюють зовнішні загрози національній безпеці України; шкода, завдана рішеннями, діями чи бездіяльністю таких осіб у зв'язку з виконанням розвідувальних завдань, відшкодовується державою в порядку, визначеному законом, і не тягне за собою відповідальності такої особи, крім випадків встановлення в її діях складу кримінального правопорушення за обвинувальним вироком суду щодо неї, який набрав законної сили [12]. Проте сам факт вчинення особою одного з діянь, передбачених ст.ст. 111–1 чи 111–2, хоч би і на виконання розвідувального (спеціального) завдання, вже матиме своїм наслідком притягнення до кримінальної відповідальності та обвинувальний вирок суду. Що ж до Закону України від 26 грудня 2002 року № 374-IV «Про контррозвідувальну діяльність» [10], то він взагалі не містить подібних норм.

Беручи до уваги зазначене, уявляється за доцільне невідкладно доповнити вітчизняне законодавство про кримінальну відповідальність нормою про нову обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння (умовна назва – «Виконання розвідувального (спеціального), контррозвідувального завдання»), сформулювавши її за прикладом ст. 43 КК України та розташувавши після цієї статті. Це дозволить не тільки виключити випадки безглузлого притягнення до кримінальної відповідальності розвідників, контррозвідників та негласних співробітників просто за виконання ними поставлених керівництвом завдань. Така обставина уможливить непритягнення до кримінальної відповідальності тих осіб із числа колабораціоністів, які у порядку співробітництва з окупантами не вчинили інших кримінально протиправних діянь (окрім, наприклад, зайняття певних посад, організації та проведення тих чи інших заходів та ін.), прийняли пропозицію розвідувального або контррозвідувального органу України про співробітництво (чи самі його ініціативно запропонували) і суттєво сприяли захисту Вітчизни від збройної агресії. Актуальність подібної норми не просто на часі – вона одночасно буде і свідченням практичної реалізації принципу гуманізму, притаманного законодавству кожної демократичної держави.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 30.04.2022).

2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року №2314-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 30.04.2022).

3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року №4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 30.04.2022).

4. *Микола Хаєронюк*: «Обов'язок захищати Вітчизну і нові статті Кримінального кодексу України». URL: <https://racurs.ua/ua/b221-obov-yazok-zahischati-vitchiznu-i-novi-statti-kriminalnogo-kodeksu.html> (дата звернення: 30.04.2022).

5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон України від 03 березня 2022 року № 2108-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n6> (дата звернення: 30.04.2022).

6. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції : Закон України від 03 березня 2022 року № 2110-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2110-20#n6> (дата звернення: 30.04.2022).

7. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану : проект Закону України від 13 березня 2022 року № 7145. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39205> (дата звернення: 30.04.2022).

8. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки : Закон України від 14 квітня 2022 року № 2198-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198-20#n6> (дата звернення: 30.04.2022).

9. Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України : Закон України від 03 березня 2022 року № 2114-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2114-20#Text> (дата звернення: 30.04.2022).

10. Про контррозвідувальну діяльність : Закон України від 26 грудня 2002 року № 374-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/374-15#Text> (дата звернення: 30.04.2022).

11. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон України від 30 червня 1993 року № 3341-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3341-12#Text> (дата звернення: 30.04.2022).

12. Про розвідку : Закон України від 17 вересня 2020 року № 912-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/912-20#Text> (дата звернення: 30.04.2022).

*Євдокімова О. В.,
к.ю.н., доцент,
доцентка кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ПРОБЛЕМИ ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ПРИЗНАЧЕННЯ У ЗАКОНОТВОРЧОСТІ ТА ПРАВАЗАСТОСОВНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Законом України від 03 березня 2022 р. № 2108-IX Кримінальний кодекс України (далі –КК України) був доповнений новою ст. 111–1, у якій передбачена відповідальність за колабораційну діяльність. Як зазначається у пояснювальній записці, внесення даних змін до КК України було обумовлене необхідністю встановлення справедливого покарання для осіб, які співпрацюють з державою-агресором, а також необхідністю обмеження доступу таких осіб до посад, пов’язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування. Для досягнення постановленої мети законодавець не лише визначив коло діянь, що визнаються колабораційними, а й передбачив за вчинення деяких із них такий вид покарання, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Крім того, одночасно з криміналізацією цих діянь, Закон встановив інші межі призначення згаданого виду покарання. Відповідно до нових положень ч. 1 ст. 55 КК України, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне або додаткове покарання за колабораційну діяльність може призначатися на строк від десяти до п’ятнадцяти років.

Безумовно, не можна не погодитися з ініціаторами криміналізації колабораційної діяльності у тому, що колабораціонізм як явище підриває національну безпеку України, становить безпосередню загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності, конституційному ладу та іншим національним інтересам України, а особи, причетні до здійснення колабораціонізму, – можуть продовжувати претендувати на високі посади в державі та впливати на формування державної політики чи інформаційного простору України. У зв’язку з цим держава мала віднайти та встановити дієвий механізм протидії даному негативному явищу. І таким механізмом, на думку законодавця, мало б стати покарання у виді позбавлення права обіймати певні або займатися певною діяльністю. Проте обраний законодавцем підхід до правового регулювання кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність викликає певні зауваження.

По-перше, у ч.1 ст. 111–1 КК України передбачена відповідальність за публічне заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України або публічні заклики громадянином України до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора, до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України. За це діяння санкція ч. 1 ст. 111–1 КК передбачає лише один вид основного покарання – позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Відповідно до ч. 2 ст. 111–1 КК України добровільне зайняття громадянином України посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора, карається позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

Виходячи зі змісту положень ч. 2 ст. 12 КК України, діяння, передбачені ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, фактично віднесене законодавцем до кримінальних проступків. Втім, по-перше, це законодавче рішення не узгоджується з назвою розділу I Особливої частини КК «Злочини проти основ національної безпеки України». Зважаючи на назву цього розділу, у ньому мають міститися виключно злочину, але не кримінальні проступки. По-друге, такий підхід не відповідає кримінально-правовій політиці держави щодо кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України. Так, у зв'язку з поширенням фактів посягання на територіальну цілісність та недоторканість України, дія положень ч. 5 ст. 49 КК України щодо застосування давності за злочини проти безпеки миру та людства, була поширена на злочини проти основ національної безпеки України. Згідно приписів ч. 5 ст. 49 КК України давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109–114–2 КК України. У той же час визнання діянь, передбачених ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України кримінальними проступками, виключає можливість застосування за їх вчинення ч. 5 ст. 49 КК України. У зв'язку з цим строк давності для них має обчислюватися відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 49 КК України та становитиме 2 роки. У той же час, зважаючи на складнощі, з якими

стискаються правоохоронні та судові органи України в умовах збройної агресії проти нашої країни, сподіватися на те, що протягом двох років з моменту вчинення діянь, передбачених ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, винні особи зможуть зазнати справедливої відповідальності, видається занадто оптимістичним. У свою чергу, вплив строку давності притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності за вчинення діянь, передбачених у ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, свідчить про можливість зайняття ними посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування, у найближчому майбутньому, що зводить нанівець прагнення законодавця.

Вихід із ситуації, що склалася, вбачається у внесенні відповідних змін до ч. 5 ст. 49 КК України та назви розділу I Особливої частини КК України, шляхом заміни поняття «злочини» на «кримінальні правопорушення».

По-друге, законодавчим недоліком слід вважати і зміст санкції ч. 2 ст. 111–1 КК України, у якій простежується ігнорування законодавцем системних зв'язків між положеннями статей Загальної та Особливої частин КК України. Санкція за дане діяння передбачає конфіскацію майна. Втім, як уже відзначалося, ч. 2 ст. 111–1 КК України передбачає кримінальний проступок проти основ національної безпеки. У той же час, відповідно до ч. 2 ст. 59 КК України конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за *злочини* проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості. Як на цьому неодноразово наголошував Верховний Суд у своїх рішеннях, норми Особливої частини КК України мають базуватися на нормах Загальної частини КК України, про що безпосередньо свідчать приписи ст. 65 КК України. Тобто при призначенні покарання суд має виходити не тільки з меж караності діяння, встановлених у відповідній санкції статті Особливої частини КК України, а й з тих норм Загальної частини КК України, в яких регламентуються, у тому числі, порядок та особливості застосування окремих видів покарання. У свою чергу, вказівка у ч. 2 ст. 59 КК України на можливість призначення конфіскації майна за діяння проти основ національної безпеки України, які належать виключно до категорії злочинів, унеможлиблює її застосування у разі засудження за ч. 2 ст. 111–1 КК України, яка передбачає кримінальний проступок. Отже, незважаючи на те, що санкція ч. 2 ст. 111–1 КК України передбачає конфіскацію майна, суд не зможе призначити це додаткове покарання, зважаючи на вимоги ч. 2 ст. 59 КК України.

До речі, схожа ситуація простежується і в іншій санкції, а саме ч. 2 ст. 201–2 КК України, яка закріплює покарання за незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв

або безоплатної допомоги. Діяння, передбачене ч. 2 ст. 201–2 КК України, є нетяжким злочином. Втім, у разі засудження за 2 ст. 201–2 КК України, суд також не зможе призначити конфіскацію майна, бо незважаючи на те, що ця стаття передбачає нетяжкий злочин, проте він спрямований проти відносин у сфері господарської діяльності, а не проти основ національної безпеки України або громадської безпеки, за вчинення яких конфіскація майна призначається незалежно від їх ступеня тяжкості. За інші злочини конфіскація майна може встановлюватися лише, якщо вони є тяжкими або особливо тяжкими.

Таким чином, до внесення відповідних змін до ч. 2 ст. 59 КК України або санкцій ч. 2 ст. 111–1 та ч. 2 ст. 201–2 КК України, конфіскація майна, незважаючи на те, що вона передбачена у цих санкціях, не може бути призначена.

По-третє, діяння, зазначене у ч. 1 ст. 111–1 КК України, карається позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років. Проте особливість правообмежень, які утворюють зміст даного цього покарання, полягає у тому, що вони спрямовані на позбавлення реально існуючого, наявного суб'єктивного права на певну посаду або здійснення певного виду діяльності. Реалізація цих правообмежень відбувається шляхом звільнення з посади, яку винний обіймав на момент вчинення кримінального правопорушення, або шляхом анулювання дозволу на зайняття певним видом діяльності, яку винний здійснював на цей момент (статті 32, 33 Кримінально-виконавчого кодексу України). Таким чином, це покарання полягає в обмеженні реально існуючого права, а не потенційного, тобто майбутнього. У той же час у пояснювальний записці до законопроекту зазначається, що метою криміналізації колабораційної діяльності є обмеження доступу до зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування, осіб, які співпрацювали з державою-агресором, її окупаційною адміністрацією та/або її збройними чи воєнізованими формуваннями. Виходячи зі змісту ч. 1 ст. 111–1 КК України, суб'єктом даного кримінального правопорушення є громадянин України, незалежно від того, чи займає він якусь посаду і чи здійснює певний вид діяльності. Публічне заперечення здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України або публічні заклики до підтримки рішень та/або дій держави-агресора тощо, може здійснити не тільки особа, яка займає посади в органах державної влади або місцевого самоврядування. Таке діяння може вчинити й будь-яка інша особа, яка є громадянином України, проте не має жодного відно-

шення до названих сфер діяльності (наприклад, водій, лікар тощо), а також особа, яка на момент вчинення даного кримінального правопорушення перебувала на обліку у центрі зайнятості у пошуках роботи. В останньому випадку суд взагалі не зможе застосувати даний вид покарання, а щодо позбавлення права займатися професійною діяльністю того ж самого лікаря або водія, то обмеження доступу цих осіб до посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування, у такому випадку буде здійснюватися не за рахунок застосування даного виду покарання, а у зв'язку з тим, що протягом всього строку відбування покарання, вони будуть вважатися такими, що мають судимість (п. 2–1 ст. 89 КК України), наявність якої і є перепорою для зайняття посад у цих сферах.

Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 52 КК України позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю належить до так званих «змішаних» видів покарання, тобто таких, які можуть призначатися як основні, та як додаткові. У той же час поділ видів покарань на основні та додаткові пов'язаний з особливостями їх призначення за вчинене кримінальне правопорушення, бо згідно з ч. 4 ст. 52 КК України додаткові покарання, на відміну від основних, можуть призначатися навіть якщо вони не передбачені в санкції статті Особливої частини КК України за вчинене. Звідси, можна зробити висновок, що відмінність позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, як основного покарання, від позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, як додаткового, полягає не тільки у різниці тривалості строків, на які воно може призначатися (ч. 1 ст. 55 КК України), а й у можливості застосування останнього у випадках, якщо в санкції його не передбачено. Що ж стосується правообмежень, які утворюють зміст цього виду покарання, а також інших особливостей його застосування, то вони мають залишатися однаковими, незалежно від порядку його застосування: основне чи додаткове. У той же час, у ч. 2 ст. 55 КК України зазначено, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання може бути призначене у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті Особливої частини КК, за умови, що з урахуванням характеру кримінального правопорушення, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за ним права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Отже, даний вид покарання як основне або додаткове має застосовуватися, якщо існує тісний зв'язок між кримінальним правопорушенням та посадою або діяльністю винного, тобто кримінальний делікт

вчиняється завдяки займаній посаді або діяльності, яку здійснював винний. У той же час діяння, які передбаченні у ч. 1 ст. 111–1 КК України, можуть не мати безпосереднього зв'язку з посадою або діяльністю винного, у зв'язку з чим застосування даного виду покарання у таких випадках не відповідатиме його змісту.

Інша особливість застосування позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю полягає у тому, що особа позбавляється права на посаду або вид діяльності, які вона обіймала або здійснювала на законних підставах. Отже, як і будь-який інший вид покарання, це покарання полягає в обмеженні законних прав винного, тому воно не поширюється на посади та діяльність, які особа займала або здійснювала всупереч порядку, встановленому законодавством України. У той же час у ч. 2 ст. 111–1 КК України встановлена відповідальність за добровільне зайняття громадянином України посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора. Звідси, при застосуванні за вчинення діяння, передбаченого ч. 2 ст. 111–1 КК України, покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю нібито відбувається констатація факту, що особа займала дану посаду відповідно до вимог законодавства України, що вочевидь не відповідає дійсності.

Таким чином, вважаю, що встановлення за діяння, передбаченні ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, є недоцільним та не відповідає меті, внесених змін до КК України.

Уявляється, що для обмеження доступу до посад у сфері державного управління або місцевого самоврядування осіб, винних у колабораційній діяльності, доцільно було звернутися не до кримінально-правових засобів, а норм регулятивного права, які визначають умови для кандидатів на зайняття відповідних посад у цих сферах. Зокрема у Законах України «Про державну службу» (ст. 19), «Про службу в органах місцевого самоврядування» (ст. 12), «Про Національну поліцію» (ст. 61), «Про судоустрій і статус суддів» (ст. 65, 69), «Про прокуратуру» (ст. 27) тощо доцільно було б встановити заборону на зайняття посад протягом певного строку особам, засудженим за колабораційну діяльність. Що ж стосується кримінальної відповідальності цих осіб, то зважаючи на масштабні руйнування критичної інфраструктури, житлового сектору, нестачу трудових ресурсів тощо, як

наслідок збройної агресії проти України, вбачається доцільним розглянути можливість застосування за діяння, передбаченні ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України іншого виду покарання – громадських робіт, щоб винні у колабораційній діяльності шляхом безоплатної суспільно корисної праці спокутували свою провину перед народом України. У цьому разі вбачається доцільним збільшити загальну тривалість цього виду покарання, наприклад, замість максимальних 240 годин (ч. 2 ст. 56 КК України), передбачити, наприклад, що громадські роботи призначаються на строк до 2 років, з обов’язковим відпрацюванням, наприклад, протягом тижня від 20 до 30 годин. При цьому кількість відпрацьованих годин протягом дня може буде різною за погодженням з уповноваженим органом з питань пробації. Негативними наслідками ухилення від виконання громадських робіт може бути як продовження строку покарання на строк невідпрацьованих без поважних причин годин, так і заміна даного виду покарання, на інший більш суворий вид, наприклад, обмеження волі.

*Загиней-Заболотенко З. А.,
д.ю.н., доцент,
начальник відділу єдності правових
позицій
правового управління (ІІІ) Департаменту
аналітичної та правової роботи
Верховного Суду*

ПОЗБАВЛЕННЯ ПРАВА ОБІЙМАТИ ПЕВНІ ПОСАДИ АБО ЗАЙМАТИСЯ ПЕВНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ЯК ОСНОВНЕ ПОКАРАННЯ ЗА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ («І ЩУКУ КИНУЛИ – У РІЧКУ»)

Повномасштабна збройна агресія російської федерації, яка розпочалася 24 лютого 2022 року, зумовила зміну парадигми кримінально-правового реагування держави на вчинення, серед іншого, злочинів проти основ національної безпеки України, та торкнулася не лише диспозицій відповідних кримінально-правових норм, а й їх санкцій. Так, згідно з Законами України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 3 березня

2022 року №2108-IX (далі – Закон України №2108-IX) [1] ч. 1 ст. 55 Кримінального кодексу України (далі – КК) доповнено абз. 5, в якому зазначено, що за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 111–1 «Колабораційна діяльність» покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (далі – позбавлення права) признається на строк від 10 до 15 років. Це стосується позбавлення права як основного та додаткового покарання. Власне у санкціях частин 1 та 2 ст. 111–1 КК безальтернативно передбачено основне покарання у виді позбавлення права на строк від 10 до 15 років. Наскільки такий підхід є виваженим?

У теорії кримінального права в аспекті покарання у вид позбавлення права панує традиційний підхід, що полягає у необхідності встановлення зв'язку між кримінальним правопорушенням, яке вчиняє особа, та займаною посадою чи певним видом діяльності, який вона здійснює [2, с. 74; 3, с. 107; 4, с. 179], який повинен бути встановлений у раз призначення цього покарання як основного або як додаткового. Наприклад, М. В. В'юник зазначає, що у разі, коли позбавлення права передбачене у санкції статті як додаткове обов'язкове покарання, суд повинен його не призначати з огляду на те, що вчинений особою злочин не пов'язаний із займаною посадою або певним видом діяльності. [2, с. 54]. Окремі науковці доходять висновку, що позбавлення права слід виключити з кола основних видів покарань у КК [2, с. 140, 148]. Вказана позиція, зокрема, мотивується тим, що позбавлення права як основне покарання не досягає мети, визначеної у ст. 50 КК, а його застосування в Україні протягом останніх років є спорадичним [2, с. 55].

До моменту прийняття Закону України від №2108-IX позбавлення права як основне покарання передбачалося «у 20 санкціях статей Особливої частини КК. З них 18 разів за кримінальні проступки і 2 рази – за нетяжкі злочини» [2, с. 54–55]. Якщо проаналізувати систему тих статей, в яких позбавлення права передбачається як основне покарання, то відзначимо, що в усіх випадках можна прослідкувати зв'язок між кримінальним правопорушенням та посадою, яку обіймав обвинувачений, або з видом діяльності, яку він здійснював. Наприклад, позбавлення права як основне покарання передбачено за неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником (ст. 140 КК), забруднення або псування земель (ст. 239 КК). В окремих випадках основне покарання у виді позбавлення права передбачено за вчинення не основних, а кваліфікованих складів кримінальних правопорушень, в яких виокремлюється така кваліфікуюча ознака, як учинення їх з використанням службового становища. Наприклад, позбавлення права передбачено як основне покарання у ч. 2 ст. 343 КК

(втручання в діяльність працівника правоохоронного органу, судового експерта, працівника державної виконавчої служби, приватного виконавця, вчиненого, зокрема, службовою особою з використанням свого службового становища). Окрім того, санкції усіх норм, в яких позбавлення права передбачається як основне покарання, є альтернативними, та передбачають інші основні види покарань.

Як було зазначено вище, Законом України №2108-IX позбавлення права передбачено у частинах 1 та 2 ст. 111–1 КК як основне покарання. Водночас, санкції норм, уміщених у них, мають таку специфіку: покарання у виді позбавлення права на строк від 10 до 15 років – це основне безальтернативне покарання; законодавець не передбачив необхідності встановлення зв'язку між посадою, яку обіймає обвинувачений чи діяльністю, яку він здійснює, та вчиненим кримінальним правопорушенням. У частинах 1 та 2 ст. 111–1 КК закріплено таку спеціальну ознаку кримінального правопорушення, як наявність у нього громадянства України. А описання об'єктивної сторони складів кримінальних правопорушень у цих частинах ст. 111–1 КК вказує на те, що їх учинення жодним чином не пов'язано з посадою, яку обіймає суб'єкт кримінального правопорушення, чи діяльністю, яку він здійснює. Тобто, об'єктивна сторона кримінальних правопорушень, передбачених частинами 1 та 2 ст. 111–1 КК, не вимагає, аби особа, яка вчиняє ці правопорушення, обіймала певну посаду чи займалася певною діяльністю.

Аналіз небагаточисельних вироків за ст. 111–1 КК, ухвалених судами України першої інстанції, вказує на те, що у всіх них особи визнавалися винуватими та були засуджені за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 111–1 КК.

Що стосується самого покарання у виді позбавлення права, то у більшості з них засуджені ніде не працювали (4 вирокі або 67% випадків). В інших двох вироків засуджений працював малярем (в одному з них) та був фізичною особою-підприємцем (у другому).

Суди визначали такі строки позбавлення права: 10 років (2 вирокі), 11 років (3 вирокі) та 13 років (1 вирок). При цьому у судових рішеннях конкретизовано, яких саме посад та якими видами діяльності позбавляється обіймати (займатися) особа, а саме «позбавлення права обіймати посади, пов'язані із виконанням функцій держави та місцевого самоврядування» (4 вирокі), «позбавлення права обіймати посади в органах місцевого самоврядування і виконавчої влади та займатися вказаною діяльністю» (1 вирок), «позбавлення права обіймати певні посади в органах державної влади, місцевого самоврядування або органах, що надають публічні послуги» (1 вирок).

Як вбачається з проаналізованих вироків, суди, формулюючи покарання у виді позбавлення права, що призначалося засудженим, вказували на обов'язкове, а не альтернативне позбавлення права обіймати посади як в органах державної влади, так і в органах місцевого самоврядування.

Проте, як було зазначено вище, у жодному з ухвалених рішень засуджені не обіймали не те що посад, яких вони були позбавлені згідно з вироками, та не займалися діяльністю, якою вони були позбавлені займатися. Вгони взагалі не обіймали жодних посад (у більшості випадків). Тобто, згідно з частинами 1 та 2 ст. 111–1 КК покарання у виді позбавлення права є покаранням «на майбутнє», виступає своєрідним люстраційним заходом стосовно засудженого. Як відомо, очищення влади (люстрація) – це встановлена Законом або рішенням суду заборона окремим фізичним особам обіймати певні посади (перебувати на службі) (крім виборних посад) в органах державної влади та органах місцевого самоврядування (ч. 1 ст. Закону України «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 року № 1682-VII) [5]. Проте, на відміну від такої люстрації, врегульованої вказаним законом, яка здійснюється з метою недопущення до участі в управлінні державними справами осіб, які своїми рішеннями, діями чи бездіяльністю здійснювали заходи (та/або сприяли їх здійсненню), спрямовані на узурпацію влади Президентом України Віктором Януковичем, підлив основ національної безпеки і оборони України або протиправне порушення прав і свобод людини (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 року № 1682-VII) [5], вчинення кримінальних правопорушень, передбачених частинами 1 та 2 ст. 111–1 КК, жодним чином не пов'язане з посадами та/або діяльністю засудженого на момент вчинення кримінального правопорушення.

Проте призначення «на майбутнє» покарання у виді позбавлення права, на нашу думку, нівелює таку мету покарання, як виправлення засудженого (ч. 1 ст. 50 КК). Адже перебіг строку відбування покарання починається з конкретної дати, а саме з дня набрання вироком законної сили. Саме про це зазначається в усіх шести вироках, що були вивчені. Однак, як особа має відбувати покарання у виді позбавлення права, якщо вона не займає жодних посад або не займається жодним видом діяльності, пов'язаним з учиненням кримінального правопорушення? І не робитиме цього у майбутньому? Єдине, що спадає на думку, це фразеологізм з байки Леоніда Глібова «Щука» («Послухали Лисичку і Щуку кинули – у річку»).

Зазвичай суди у вироках використовують такі аргументи, обґрунтовуючи призначення засудженим за ч. 1 ст. 111–1 КК покарання у виді позбавлен-

ня права: вказане покарання є єдиним у санкції цієї частини статті; характер суспільно небезпечного діяння, вчиненого засудженим (на час події вже понад 20 днів тривала повномасштабна збройна агресія РФ проти України, на всій території України від російської зброї гинули люди, в тому числі діти, знищувалася інфраструктура країни, майно громадян України); спрямованість умислу засудженого на заперечення самого існування української державності. При цьому відзначається, що хоча обвинувачений і не обіймав які-небудь посади, з якими це кримінальне правопорушення було пов'язано, але для досягнення мети покарання, пов'язаної зі збереженням в умовах воєнного стану, на майбутнє українського народу, нації, держави, суд доходить висновку про необхідність призначення обвинуваченим покарання у виді позбавлення права. І далі вказується, що саме таке покарання є необхідним і достатнім для виправлення обвинувачених та запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень як ними так і іншими особами. Аналізуючи такі аргументи, можна помітити, що суди ніби виправдовуються, вказуючи на вимушений характер прийнятого рішення щодо призначення засудженим за ч. 1 ст. 111–1 КК покарання у виді позбавлення права.

Але чи насправді здатне покарання у виді позбавлення права за вчинення колабораційної діяльності, передбаченої частинами 1 та 2 ст. 111–1 КК, досягнути цілей покарання, визначених у ст. 50 КК? Вважаємо, що ні.

На нашу думку, весь правообмежувальний потенціал покарання у виді позбавлення права за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених частинами 1 та 2 ст. 111–1 КК, фактично нівелюється. Адже особа, яка не обіймає посад та не займається діяльністю, пов'язаною з вчиненням відповідних форм колабораційної діяльності, не може відчувати на собі тягар призначеного покарання у виді позбавлення права. Відповідно й досягнення цілей покарання у такому випадку – дискусійне. Так, позбавлення права як безальтернативний вид покарання у санкції частин 1 та 2 ст. 111–1 КК не досягає, насамперед мети виправлення засудженого, яке є запорукою ресоціалізації засудженого, а відтак, найбільшої ефективності покарання [6, с. 91] та передбачає «процес формування власної негативної оцінки свого діяння та стійкої позитивної соціальної установки, яка утримує особу від вчинення злочинів» [7, с. 18]. Окрім того, покарання у виді позбавлення права у вказаному випадку не виконує й функцій запобігання вчиненню нових злочинів як самим засудженим, так і іншими особами. Зокрема, «запобігання вчиненню злочинів самим засудженим означає справляння такого впливу покарання, який позбавляє його можливості вчиняти нові злочини. Мета спеціальної превенції досягається двома шляхами: а) особа на певний час позбавляється фізичної можливості вчинити

злочин; б) особа знаходиться під страхом застосування до неї покарання за злочин» [7, с. 18]. В який спосіб покаранням у виді позбавлення права може бути досягнута мета спеціальної превенції, якщо засуджений не обіймає жодної посади чи не займається жодним видом діяльності, з використанням можливостей яких він вчиняє кримінальне правопорушення, передбачене частинами 1 та 2 ст. 111–1 КК? Мусимо констатувати, що мета й загальної превенції (запобігання вчиненню злочинів іншими особами) покаранням у виді позбавлення права у вказаному випадку не досягається також. Навпаки, утверджує в інших людей впевненість у безкарності таких форм колабораційної діяльності, що передбачені у частинах 1 та 2 ст. 111–1 КК.

На виправлення такої небезпечної ситуації спрямовано проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та порядку досудового розслідування злочинів проти основ національної безпеки України» (реєстр. № 7329 від 29 квітня 2022 року). Ним пропонується перетворити санкції частин 1 та 2 ст. 111–1 КК на альтернативні та передбачити можливість призначення до засуджених не лише покарання у виді позбавлення права, а й покарань у виді штрафу (від 1000 до 2000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян – за ч. 1, від 1000 до 3000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян – за ч. 2) або громадських робіт (до 200 годин – за ч. 1; до 240 годин – за ч. 2) [8].

Як справедливо вважає О. О. Книженко, «мета виправлення може бути досягнута не лише при застосуванні покарання, кримінальної відповідальності, а й інших заходів кримінально-правового впливу, які становлять зміст кримінально-правових санкцій» [9, с. 255]. На нашу думку, вказане стосується не лише такої мети покарання, як виправлення, а й цілей загальної та спеціальної превенції, що передбачені у ст. 50 КК.

Зміни, що пропонуються законопроектом (реєстр. № 7329 від 29 квітня 2022 року), на наш погляд, здатні змінити ситуацію, яка описана вище, на краще. Альтернативні санкції у частинах 1 та 2 ст. 111–1 КК спроможні досягнути цілі покарання, визначені у ст. 50 КК. Адже у такому разі може бути забезпечене реальне врахування судами всіх обставин, що визначені законодавцем як загальні засади призначення покарання, а також особливості конкретних видів покарань, передбачених у відповідних статтях Загальної частини КК, зокрема й особливостей призначення основного покарання у виді позбавлення права.

Водночас вважаємо за доцільне законодавцю привести у відповідність порядок розташування покарань, передбачених законопроектом (реєстр.

№7329 від 29 квітня 2022 року) у санкціях частин 1 та 2 ст. 111–1 КК, зі «сходинками покарань» визначених у ст. 51 КК. Адже покарання у виді громадських робіт визнається законодавцем більш суворим покаранням, аніж позбавлення права, тоді як у санкціях вказаних частин ст. 111–1 КК покарання у виді громадських робіт розташовано у законопроекті (реєстр. №7329 від 29 квітня 2022 року) перед покаранням у виді позбавленням права.

Попри позитивний аспект вказаного проекту Закону України, вбачаємо у ньому ложку дьогтю, яка все ж таки вбачається у ньому. Презюмуємо, що у разі його прийняття суди не будуть призначати засудженим покарання у виді позбавлення права з огляду на відсутність зв'язку між вчиненим кримінальним правопорушенням та посадою, яку обіймає засуджений, або видом діяльності, яку він здійснює.

На нашу думку, законодавцю не слід ігнорувати напрацювання науковців та їхні пропозиції про виключення можливості призначення позбавлення права як основного покарання, про які, зокрема, йшлося вище. Відтак перспективним напрямком досліджень вбачається додаткове аргументування науковцями саме такого підходу та донесення його до законодавця.

Підкреслимо, що позбавлення права може мати необхідний ефект та може досягнути цілей покарання, визначених у ст. 50 КК, лише у випадку, коли позбавлення права стане виключно додатковим покаранням. Наприклад, у санкціях частин 1 та 2 ст. 111–1 КК позбавлення права слід передбачити як додаткове обов'язкове покарання, що гарантуватиме високу ймовірність його призначення засудженим за колабораційну діяльність.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 3 березня 2022 року №2108-IX. URL: <https://cutt.ly/nG96OwC> (дата зверн.: 09.05.2022).

2. В'юник М. В. Спеціальні види покарань за кримінальним правом України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2020. 238 с.

3. Тютюгин В. И. Соотношение норм Общей части УК Украины о наказании и санкций статей Особенной части. *Проблеми законності*: Респ. міжвідом. наук. зб. Харків: НЮАУ, 2006. Вип. 78. С. 102–110.

4. Шиян Д. С. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в системі покарань за кримінальним законодавством України. *Право і суспільство*. 2011. №3. С. 175–181.

5. Про очищення влади: Закон України від 16 вересня 2014 року № 1682-VII. URL: <https://cutt.ly/NG4DYRq> (дата зверн.: 09.05.2022).

6. Денисова Т. А. Покарання: кримінально-правовий, кримінологічний та кримінально-виконавчий аналіз: монограф. Запоріжжя: Вид-во КПУ, 2007. 340 с.

7. Денисова Т. А. Кримінальне покарання та реалізація його функцій: автореф. дис. ... доктора юрид. наук: 12.00.08; Класичний приватний ун-т. Запоріжжя, 2010. 41 с.

8. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та порядку досудового розслідування злочинів проти основ національної безпеки України: проект Закону України (реєстр. № 7329 від 29 квітня 2022 року). URL: <https://cutt.ly/HG7bC3J> (дата зверн.: 09.05.2022).

9. Книженко О. О. Виправлення як мета покарання та її вплив на кримінально-правові санкції. *Часопис Київського університету права*. 2011. №3. С. 253–256.

Пащенко О. О.

д.ю.н., доцент,

головний науковий співробітник

відділу дослідження проблем

кримінального

та кримінально-виконавчого права

Науково-дослідного інституту вивчення

проблем злочинності

імені академіка В. В. Сташиса НАПрН

України

ЩОДО МІСЦЯ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ ПОЛІТИКИ У СТИМУЛЮВАННІ ПОЗИТИВНОЇ СОЦІАЛЬНО-АКТИВНОЇ ПОВЕДІНКИ ОСОБИ ЗАСОБАМИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Як відомо, функції держави щодо керівництва зовнішніми і внутрішніми сферами та напрямками суспільного життя знаходять своє вираження у здійснюваній нею політиці. Одним із її напрямків є правова політика, що визнає ідеологію, основні напрямки законотворчості [1, с. 514, 515]. Важливою складовою внутрішньої політики є боротьба зі злочинністю, що покликана знизити її рівень та забезпечити стан, який відповідає потребам захисту

суспільства від злочинів [2, с. 377]. Ця політика знаходить своє відображення як у певних політичних і юридичних джерелах, так і в Комплексних програмах (стратегіях) запобігання, протидії та контролю злочинності в державі. Такі програми (стратегії) мають прийматися і реалізовуватися як на загальнодержавному, так і на регіональному рівнях на перспективу (10–15 років) з періодичним їх корегуванням та оновленням [3, с. 769].

В літературі існує точка зору, згідно з якою кримінально-виконавча політика є завершальною ланкою та кінцевим етапом у системі політики у сфері боротьби зі злочинністю [4, с. 17]. Вважаємо, що з таким твердженням через його механістичний характер погодитися беззастережно не можна. Виходить, що спочатку (до здійснення конкретним суб'єктом кримінального правопорушення) здійснюється кримінологічна (профілактична) політика, потім (з моменту вчинення кримінального правопорушення) наступним етапом стає кримінально-правова, одночасно з нею (або, принаймні, з моменту виявлення кримінального правопорушення) – кримінально-процесуальна, а після них хронологічно йде кримінально-виконавча. Вважаємо, що після виконання покарання продовжує здійснюватися профілактична політика і це (вже виконане) покарання є водночас і засобом профілактики вчинення нових кримінальних правопорушень як особою, щодо якої воно було виконане, так й іншими особами, у тому числі під час воєнного стану. Тому не можна стверджувати, що політика в сфері боротьби зі злочинністю на цьому завершується, і, як своєрідне Колесо Сансари, починає здійснюватися знову, починаючи є кримінологічної політики. Тобто та сама особа, зокрема, продовжує бути «адресатом» кримінологічної політики вже після виконання щодо неї кримінального покарання, а через це називати кримінально-виконавчу політику «завершальною ланкою та кінцевим етапом у системі політики у сфері боротьби зі злочинністю», з нашої точки зору, є не зовсім послідовним.

Зазначене стимулювання утримання особи від учинення нею нових кримінальних правопорушень відбувається за допомогою широкого спектру соціальних засобів, одним із видів яких є правові. Останні, своєю чергою, включають у себе кримінальний закон, який у літературі цілком справедливо іменують «останнім аргументом». Звичайно, краще б спрацьовували інші засоби, і в переважній більшості випадків так і відбувається, але в суспільстві завжди були, є, і будуть «нестійкі члени», життєва позиція яких в принципі допускає можливість учинення кримінальних правопорушень, але вони утримуються від цього зважаючи на потенційну кримінальну відповідальність як наслідок такої поведінки.

Іноді відзначається, що кримінально-виконавча (пенітенціарна) політика – це частина державної політики з протидії злочинності, яка реалізується за допомогою механізмів державного управління, поєднує його форми і методи з принципами, ідеями, доктринальними положеннями, цілями, завданням у сфері виконання та відбування кримінальних покарань [5, с. 33]. Як бачимо, у цьому визначенні поєднується наголос на реалізації цієї політики «за допомогою механізмів державного управління» та «поєднанні його форм і методів з принципами ... завданням у сфері виконання та відбування кримінальних покарань». Що стосується першого із відзначених аспектів, то будь-яка частина державної політики реалізується «за допомогою механізмів державного управління». Те саме можна стверджувати і щодо «політики протидії злочинності», яку згадає правник. Яюсь інакше реалізовувати (втілювати у життя) державну політику (в будь-якій сфері) не є результативним. Більш того, без названих механізмів така «політика» взагалі не є державною. Тобто перша сформульована науковцем посилка виглядає зайвою та беззмисловою. Цікавішою для аналізу є друга із наведених посилок, яка своєю чергою, утворюється за допомогою двох складових. По-перше, беруться форми і методи державного управління, які (і це по-друге) поєднуються із принципами, ідеями, доктринальними положеннями, цілями, завданням у сфері виконання та відбування кримінальних покарань. Наголошуємо, що вказана сфера також належить до державного управління, а значить, для її регулювання (впорядкування) цілком підходять його «форми і методи», які, своєю чергою є *загальними* стосовно сфери виконання та відбування кримінальних покарань. З іншого боку, остання має свої власні форми та методи, які, звісно, є *спеціальними* відносно форм і методів «усього» державного управління. Крім того, «державна політика» також має свої власні «принципи, ідеї, доктринальні положення, цілі, завдання», які є *загальними* у порівнянні з тими самими категоріями сфери виконання та відбування кримінальних покарань. З викладеного випливає, що і другий виділений правником аспект нічого сутнісно нового у визначення не вносить. Позитив убачається лише в акцентуванні уваги на зв'язку між формами і методами з одного боку та принципами, ідеями, доктринальними положеннями, цілями, завданням з другого.

Викладене проте не означає, що є підстави применшувати значення організаційно-правових й адміністративно-управлінських заходів, за допомогою яких держава концентрує увагу при здійсненні політики у певній сфері. Більше того, досягнення необхідного для суспільства стану безпеки від кримінально-протиправних посягань можливе лише шляхом широкого

й комплексного поєднання заходів боротьби зі злочинністю: організаційно-правових і адміністративно-управлінських, соціально-економічних та природно-людських (як розвиток суспільства та людини); спеціально-законодавчих, методологічно-правових і кримінологічних як взагалі, так і з певними її видами [6, с. 312]. Зазначене свідчить про те, що політика боротьби зі злочинністю лише з великою долею умовності може розглядатися як частина *правової* політики держави. Так само, лише умовно в цій політиці видається можливим виділити її складові. Як зауважує П. Л. Фріс, вона являє собою комплексне вирішення соціальних і правових завдань боротьби зі злочинністю, всі складові якої мають перебувати між собою в функціональній взаємозалежності та взаємодії [7, с. 13].

Ю. В. Баулін зазначає, що правова політика держави у сфері попередження злочинності та боротьби з нею – це достатньо широке поняття, що включає всю сукупність правових засобів, спрямованих на визначення злочинності й караності діянь, притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які їх вчинили, засудження таких осіб та призначення їм покарання ... виконання призначеного покарання, попередження вчинення нових злочинів тощо. Вочевидь, зауважує правник, ці засоби передбачаються різними галузями права: кримінального, кримінально-процесуального та кримінально-виконавчого [8, с. 588]. В іншій науковій публікації правознавець зауважує, що «правова політика держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею містить широкий комплекс правових засобів, що здійснюються в різних галузях права так званого кримінального циклу, а також кримінологічних засобів, спрямованих на обмеження кількості вчинюваних злочинів та адекватне державне реагування на вже вчинені» [9, с. 878, 879]. Як бачимо, такий підхід орієнтує на те, що існує єдина (хоча і багатоаспектна) «політика держави у сфері попередження (запобігання) злочинності та боротьби з нею», яка здійснюється за допомогою різних галузей права. За такого підходу не вбачається необхідним виділяти окремо види цієї політики (зокрема і кримінально-виконавчу), достатнім видається лише констатація її здійснення за допомогою визначених галузей права. Слід зауважити, що Ю. В. Баулін є прихильником вельми широкого трактування кримінального права як такого. На його думку, поведження зі злочинцями охоплює не лише матеріально-правові аспекти такого поведження (а саме: що визнається злочином і які кримінально-правові наслідки тягне його вчинення), але й процесуальні, а також виконавчі правила. Тому, робить висновок науковець, кримінальне право охоплює собою три види існуючих сьогодні галузевих правил поведження зі злочинцями, а саме норм, передбачених матеріальним, процесу-

альним і виконавчим кримінальним правом [10, с. 850, 851]. За такого підходу кримінально-правова політика фактично ототожнюється з політикою у сфері боротьби зі злочинністю, оскільки, як видно із наведеного вище визначення, кримінологічна політика (за термінологією науковця – політика у сфері попередження злочинності) розглядається поряд з нею, а не як її складова. Слід зауважити, що в іншій науковій публікації Ю. В. Баулін займає інакшу позицію: «правова політика держави у сфері запобігання злочинності та боротьби з нею складається із кримінально-правової, кримінально-процесуальної, кримінально-виконавчої і кримінологічної політики» [9, с. 880].

Список використаних джерел:

1. Тацій В. Я. Проблеми формування правової політики в Україні. *Тацій В. Я. Вибрані статті, виступи, інтерв'ю* / упоряд.: О. В. Петришин, Ю. Г. Барабаш, В. І. Борисов ; відп. за вип. О. В. Петришин. Харків: Право, 2010. С. 510–522.
2. Борисов В. І. Сучасна політика держави у сфері боротьби зі злочинністю та її кримінально-правовий напрям. *Борисов В. І. Вибрані праці* / уклад.: В. В. Базелюк, С. В. Гізімчук, Л. М. Демидова та ін. ; відп. за вип. М. В. Шепітько. Харків: Право, 2018. С. 377–389.
3. Баулін Ю. В. Виклики «нової» злочинності і проблеми кримінального права. *Баулін Ю. В. Вибрані праці* / уклад. та відп. ред. Ю. А. Пономаренко, О. В. Харитоновна. Харків: Право, 2013. С. 768–771.
4. Кернякевич-Танасійчук Ю. В. Кримінально-виконавча політика України: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2019. 336 с.
5. Пузирний В. Ф. Концептуальні засади адміністративної діяльності органів та установ Державної пенітенціарної служби України: дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2015. 454 с.
6. Борисов В. І. Державна політика у сфері боротьби зі злочинністю та її напрямки. *Проблеми законності*. Вип. 100. Харків: Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого, 2009. С. 305–312.
7. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми: монографія. Київ: Атіка, 2005. 332 с.
8. Баулін Ю. В. Політика государства в сфере борьбы с преступностью. *Правовая система Украины: история, состояние и перспективы*. Баулін Ю. В. *Вибрані праці*. С. 581–602.
9. Баулін Ю. В. Загальні положення державної політики щодо боротьби зі злочинністю в Україні. *Баулін Ю. В. Вибрані праці*. С. 878–880.
10. Баулін Ю. В. О задачах науки национального уголовного права в условиях глобализации. *Баулін Ю. В. Вибрані праці*. С. 849–851.

III. ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛОЖЕНЬ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КК УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

*Музика А. А.,
д.ю.н., професор,
провідний науковий співробітник
Державного науково-дослідного
інституту МВС України*

НОРМИ ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КОЛАБОРАЦІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ ПОТРЕБУЮТЬ АКТУАЛЬНИХ ПОПРАВОК

I. На початку свого виступу прошу всіх пригадати нашого славетного українця, Івана Максимовича Піддубного (1871–1949) – шестиразового чемпіона світу з греко-римської (інакше – французької або класичної) боротьби. Його називали «чемпіоном чемпіонів». Родом із с. Красенівка Полтавської губернії (нині – Черкащина). Пишаюся своїм земляком, справжнім патріотом. Але в його біографії був такий епізод. Під час Другої світової війни він залишався на окупованій німцями території. З радянським орденом Трудового Червоного Прапора на грудях Іван Максимович працював маркером у більярдній і за сумісництвом – викидайлом у барі для гітлерівських військових. У такий спосіб заробляв на прожиток. Хіба в тому його вина? Подібних історій того часу – сотні тисяч.

Схожі діяння сьогодні ми називаємо колабораційною діяльністю. Утім треба усвідомлювати, що вона буває різною – не лише добровільною, а й вимушеною; може бути пов’язана із заподіянням шкоди державним інтересам, а може не мати шкідливих наслідків для держави, навпаки – вчинятися за умов крайньої необхідності. Так чи інакше, кожна особа в образі теперішнього колаборанта сприймається суспільством як негативна постать. І таке ставлення людей є зрозумілим. Але треба брати до уваги також і причини, обставини та мотиви вчинення відповідних діянь. Ці питання належать до предмета судового розгляду у кожному конкретному випадку.

Водночас ті колаборанти, які втратили совість, мають пам’ятати нещастя тисяч і тисяч українських родин. Принаймні над такими особами жевріє

моральна відповідальність за завдані кому-небудь страждання. І якщо вони співпрацюють з окупантами та завдають шкоди державі, то їм вічно з'являтимуться у сновидіннях закатовані й загиблі, зґвалтовані наші співвітчизники, зруйновані міста і села та обов'язково – історія 8-річного Єгора із Маріуполя, автора щоденника, писаного російською мовою. Зокрема, такі недитячі слова: «Война. ... 26. ... у меня рана на спине, выдрана кожа. У сестры ранение головы. У мамы выдрано мясо на руке и дырка в ноге. ... у меня умерло две собаки и бабушка Галя, и любимый город Мариуполь за это все время, начиная с 24 чт» [1]. Власне такими, на думку путіна та інших його варварів, є бандерівці і нацисти в Україні, які «потребують захисту» російської мови. Сьогодні складно передбачити, коли у рашистів настане момент запізнілої рефлексії.

Від початку повномасштабного вторгнення росії в Україну, станом на 1 травня 2022 р., органами досудового розслідування зареєстровано 738 кримінальних проваджень за ст. 111 КК України (державна зрада) і 780 проваджень – за статтям 111–1 і 111–2 цього Кодексу (колабораційна діяльність та пособництво державі-агресору). І ці показники зростають щодня [2].

Останнім часом до мене звертаються судді з проханням прояснити окремі питання стосовно відповідальності за ст. 111–1 КК України (далі – Кодекс). Їх інтерес викликаний професійною потребою – у своєму провадженні вони мають відповідні кримінальні справи. Власне за таких обставин я і торкнувся теми свого теперішнього виступу на круглому столі. Ця тема є надзвичайно актуальною для України і водночас – доволі складною, неоднозначною. Але все за порядком.

II. Термін «колабораціонізм» (від фр. *collaboration* – співпраця) з'явився в 1940 р. у Франції. Використання цього терміна пов'язано з тим, що саме так офіційно назвали принцип взаємовідносин Німеччини і «вішістської Франції» (від назви м. Віші, де перебував французький уряд маршала Фліппа Петена, що був створений в окупованій гітлерівцями Франції і уклав з А. Гітлером у 1940 р. в м. Монтруа угоду про співпрацю). В агітаційних матеріалах країн антигітлерівської коаліції уряд Ф. Петена був охарактеризований як колабораціоністський. За сферами діяльності розрізняють такі види колабораціонізму, як побутовий, адміністративний, економічний, військовий, політичний та військово-політичний. Для окупованих європейських країн найбільш характерним був політичний та військово-політичний колабораціонізм, він проявлявся у створенні номінально незалежних урядів чи адміністративних інституцій, а також організації пронацистських рухів та партій (Франція, Норвегія, Данія, Нідерланди, Греція, Сербія, Угорщина).

Згідно з відповідними дослідженнями, від 1,5 до 2 млн колишніх громадян СРСР, з них від 250 до 300 тис. українців, брали участь у різноманітних фронтових і допоміжних підрозділах німецьких збройних сил, зокрема в Російській визвольній армії, Українському визвольному війську, Білоруській краєвій обороні. У світовій суспільно-політичній літературі співпраця з окупантами розглядається як ганебне явище, як дії, спрямовані проти інтересів власного народу, держави та її союзників. Певним винятком із цього загального правила є співпраця з окупантами, до якої вдавалися національно-визвольні рухи з метою створення власних самостійних державних утворень [3].

Не дивлячись на відносно недавнє (в історичному вимірі) термінологічне «оформлення» цього явища, проблема колабораціонізму існувала та мала прояви за всіх часів. Але уявлення про нього відшукуємо різні. За радянськими словниками й енциклопедіями, колабораціонізм – це «зрадницьке співробітництво з фашистськими загарбниками в окупованих ними країнах під час другої світової війни» [4]. Тобто явище обмежується в часі, вимірюється тривалістю винятково колишньої війни. Водночас колабораціоністи визнавалися зрадниками батьківщини, які співпрацювали під час Другої світової війни 1939–1945 рр. з фашистами в окупованих гітлерівською Німеччиною країнах Західної Європи [5]. Написано так, ніби подібного явища не існувало у Східній Європі. Сьогодні ми розуміємо, що такі історії трапляються по всьому світі, тому аналізоване поняття не обмежене в часі і просторі.

За визначенням В. П. Голована (2008 р.), колабораціонізм – це колективний невроз, практика втрати національної ідентичності. Під кутом зору політикопсихологічного здоров'я він пропонує розглядати колабораціонізм як захисний механізм, що дає змогу уникнути визнання власного безсилля і прийняти натомість чужу індивідуальність. Колабораціоніст, на його думку, це політично (соціально, владно) поступлива особистість, яка поступається гвалтівникові (політико-кримінальному злочинцеві) правом керувати своєю країною, а відтак, своїм соціальним, економічним, приватним буттям [6].

Нам імпонують ці положення автора, водночас викликає подив зроблений ним висновок: «Ймовірно, **колабораціонізм як історично зумовлена вимушена стратегія соціальної поведінки**, за якою співпраця з окупантами є тимчасовою, ситуативною, і як форма негативного соціально-політичного конформізму вичерпав себе». Цілком вірогідним є те, що феномен колабораціонізму «житиме» доти, доки існуватимуть війни.

III. У мене (сподіваюся, так само і в учасників нашого круглого столу) немає бодай найменших сумнівів щодо необхідності державного реагування на теперішній колабораціонізм в Україні. Це переконання давнє, склалося від початку російської агресії – 2014 р. Питання в іншому. Важливо, аби законодавець завжди сприймав Кодекс як систему, нормативність положень якої ґрунтується на певних, успішно апробованих правилах юридичної техніки. Доволі чутливий характер Кодексу миттєво «реагує» на всілякі зміни і доповнення стосовно його тексту. А надто болоче, у разі «вторгнення» до нього – коли нехтуються юридичні знання, науковий підхід у сфері кодифікації, порушуються правила формальної логіки.

У широкому розумінні, завдяки надмірній активності законодавця, про колабораційну діяльність наразі йдеться у багатьох статтях Кодексу. Це стосується, зокрема: ст. 110–2 (фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України), ст. 111 (державна зрада), ст. 111–1 (колабораційна діяльність), ст. 111–2 (пособництво державі-агресору), ст. 114–2 (несанкціоноване поширення певної інформації в умовах воєнного або надзвичайного стану), 436–2 (виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників).

За наявних умов слідча і судова практика стикається зі значними труднощами під час кваліфікації відповідних діянь. Спеціалісти фіксують створення безлічі кримінально-правових норм, які нібито «претендують» на статус спеціальних. Фактично вони не є такими. Де загальна, а де спеціальна норма – вже незрозуміло. Поява зазначених норм свідчить не про конкуренцію правових норм, а про колізію нормативно-правових актів (лат. *collisio* – зіткнення). У нашому випадку – про багаторазове породження зазначених юридичних колізій. Принаймні є підстави розглядати проблему в такому аспекті. Особливо це стосується такої форми державної зради, як «надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України». Порівнюючи її, наприклад, з колабораційною діяльністю (ст. 111–1) та пособництвом державі-агресору (ст. 111–2), легко усвідомити юридичну немічність нововведень. Адже своєрідна формула «проведення підривної діяльності проти України», як радянський рудимент, може охоплювати необмежене коло діянь, зокрема й ті, що згадуються в зазначених нових статтях.

Навіть побіжний погляд на ст. 111–1 Кодексу, окрім зазначеного, викликає цілу низку запитань. Зокрема: у який спосіб можна покарати ви-

нуватого за ч. 1 чи 2 статті, якщо він безробітний? (йдеться про матеріали реального кримінального провадження; нагадаю: відповідні діяння караються позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років); чи насправді «публічні заклики громадянином України до ...» (ч. 1 ст. 111–1 Кодексу) є менш суспільно небезпечними діяннями, ніж ті, що передбачені ч. 2 цієї статті? чи можна оцінювати як добровільні дії особи за вимушених умов співпраці з окупантами, що формально містять ознаки кримінального проступку (ч. 2 ст. 111–1 Кодексу?). Це про тотальну ситуацію на окупованих територіях, через мерзенну поведінку ворога, коли нашим людям треба виживати, наприклад: особа влаштувалася прибиральницею у створеній на тимчасово окупованій території квазіпрокуратурі; у подібних випадках шкода державі не завдається; чому «добровільне зайняття громадянином України посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території ...» має кваліфікуватися за ч. 7 ст. 111–1, а не як державна зрада (ч. 2 ст. 111 Кодексу)? Тут доречно зазначити, що норми про державну зраду корегувалися тричі – Законами №1183-VII від 8 квітня 2014 р., №1689-VII від 7 жовтня 2014 р. і №2113-IX від 3 березня 2022 р.

Все це ускладнює застосування кримінального законодавства. У цьому аспекті має рацію Херсонський міський голова Ігор Колихаєв, який звернувся до керівництва держави (лист від 16 квітня 2022 р., що оприлюднений на сайті «Української правди» 19 квітня 2022 р.) з проханням якнайшвидше «надати роз'яснення (рекомендації) щодо дій Херсонської міської ради, її виконавчих органів, а також посадових осіб органу місцевого самоврядування, в межах чинного законодавства України, та і у відповідності до ратифікованих міжнародних нормативно-правових актів, у разі спроб встановлення на території громади, обласного центру, області взагалі військовими підрозділами російської федерації влади агресора, зміни прапора, введення «рубльової зони»» [7].

Дещо раніше експерти Ініціативи «Право в умовах війни» підготували корисну Пам'ятку для органів місцевого самоврядування, яку оприлюднили 13 березня 2022 р. [8]. В ній для посадових осіб запропоновано певний алгоритм дій, обумовлених російською агресією, хоча, звісно, все передбачити неможливо.

Маю також наголосити на ситуації, що складається в окремих населених пунктах після 24 лютого 2022 р. Там російські окупанти, наприклад, у м. Сорокине (Луганська область, раніше – Краснодар) примушують українських

громадян, переміщених із нещодавно окупованих територій, оформляти «паспорти» так званої ЛНР [9].

Подібне набуття «громадянства» нашими людьми (після набрання Законом від 14 квітня 2022 р. № 2198-IX чинності) навряд чи можна сприймати таку ознаку правопорушення, як «реалізація чи підтримка рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора» (ст. 111–2 Кодексу – пособництво державі-агресору). Такий підхід суперечитиме здоровому глузду. Втім, на мою думку, це питання має бути предметом дослідження у відповідних кримінальних провадженнях.

На протилежність сказаному, за тих самих умов – коли в Україні йде війна і москалі топчуть нашу землю, народна артистка України співачка повалій перебралася на московію і розважає росіян на концертах, що прикрашені, до речі, георгіївськими стрічками та іншою забороненою в Україні символікою. За те вона, очевидно, одержує чималу винагороду і відповідно сплачує податки до бюджету держави-агресора. Якщо сказати по правді, такі діяння варто розглядати в аспекті відповідальності за ст. 111–2 Кодексу як «добровільну передачу інших активів представникам держави-агресора, її збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора». Це стосується й інших, її подібних любителів «руського міра» – зокрема, діячів культури і спортсменів.

IV. Варто наголосити на такому. Місцем вчинення злочину «колабораційна діяльність» не є винятково тимчасово окупована територія. Нерідко навіть упродовж доби ворог може неодноразово захоплювати нашу територію, окремі населені пункти, які потім звільняються ЗСУ. Тобто колабораційна діяльність за ст. 111–1 Кодексу може вчинятися на будь-якій території України, зокрема й на контрольованій українською владою, а також на території іноземної держави, не виключено – і з території держави-агресора. Все це означає, що злочин може вчинятися дистанційно (стосовно тимчасово окупованої території). Співпраця з окупаційною владою (у буквальному розумінні слова «влада»), що утворюватиме склад колабораційної діяльності, можлива в різних формах. Це означає, що місцем вчинення злочину не завжди може бути «незаконний орган влади, створений на тимчасово окупованій території» (частини 1, 3, 6, 8 ст. 111–1).

Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 111–1 Кодексу, не завжди може бути лише громадянин України. Відповідно до частин 4, 6, 8 статті суб'єктом колабораційної діяльності визнаються також іноземці (крім громадянина держави-агресора) й особи без громадянства.

На зазначених положеннях тут акцентовано спеціально, оскільки у соціальних мережах трапляються так звані коментарі ст. 111–1 Кодексу, в яких помилково стверджується, що для притягнення до відповідальності за колабораційну діяльність вимагається, аби особа займала будь-яку посаду саме в органах влади; суб'єктом злочину пропонується визнавати лише громадянина України.

Трапляється й інше. Як відомо, доповнення Кодексу ст. 111–2 «пособництво державі-агресору» вдалося здійснити після застосування процедури вето (від лат. *veto* – забороняю). Перший Закон «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» за № 7186 було ухвалено 24 березня 2022 р. А вже зранку 25 березня з'явилися нікчемні коментарі до нього (що «гуляють» просторами Internet) як до чинного акта – Закону, що не набрав чинності і навіть ще не був підписаний Президентом України [10; 11]. У подальшому глава держави скористався правом вето.

Другий Закон ухвалено 14 квітня 2022 р. за № 2198-IX, він має ту саму назву, що й перший, але суттєво відрізняється від його попередньої версії. Зокрема, виключена така форма пособництва, як «інша взаємодія з представниками держави-агресора ...». Подібна практика оприлюднення коментарів закону є хибною, її слід визнати неприпустимою.

V. 29 квітня 2022 р. М. І. Хавронюк прокоментував ст. 111–2 Кодексу [12]. Загалом коментар є корисним, з-поміж іншого у ньому акцентовано на певних вадах кримінально-правового регулювання відповідальності за колабораційну діяльність: стилістичних помилках законодавця, утворених ним колізіях нормативно-правових актів, подекуди – юридичній невизначеності норм. Автор побіжно торкається і питань про відповідальність за ст. 111–1 Кодексу. Однак, на мою думку, публікація не позбавлена щонайменше спірних положень. Зокрема, М. І. Хавронюк стверджує: «Громадяни України за вчинені до 15 березня 2022 р. (тобто до набрання чинності Законом від 3 березня 2022 р. № 2108-IX: повторюю, ним Кодекс доповнено ст. 111–1. – А. М.) реалізацію рішень чи дій держави-агресора, збройних формувань або окупаційної адміністрації держави-агресора, добровільний збір, підготовку чи передачу матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора, її збройним формуванням або окупаційній адміністрації держави-агресора – **несуть відповідальність як за надання іноземній державі або її представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти**

України, тобто **державну зраду** (ст. 111 КК). Особи, які не є громадянами України, можуть нести відповідальність за ч. 5 ст. 27, ст. 111 КК як пособники у вчиненні державної зради в цій формі» (виділено нами. – *А. М.*).

Очевидно, спираючись на положення про зворотню дію в часі (ч. 2 ст. 5 Кодексу), такі діяння вже не можуть кваліфікуватися як державна зрада, оскільки є ст. 111–1 Кодексу. Починаючи з 15 березня 2022 р. навіть відповідні вироки потребують перегляду. По суті, відбулася часткова декриміналізація державної зради. Втім з автором можна було б погодитися, якщо розглядати ситуацію в аспекті колізії нормативно-правових актів. Власне так, на мою думку, і потрібно оцінювати аналізовані новели.

М. І. Хавронюк зазначив, що всі (далеко не всі. – *А. М.*) ознаки складів злочинів, передбачених статтями 111 і 111–2 Кодексу, збігаються, тому йдеться не про конкуренцію, а про колізію норм. На мою думку, висновок зроблено правильний. Водночас для вирішення цього питання на практиці він запропонував, очевидно, спірний шлях. Оскільки законодавством все ще не врегульовано, як необхідно переборювати таку перешкоду, автор звернувся до проекту Закону «Про правотворчу діяльність» (реєстр. № 5707 від 25 червня 2021 р.), ухваленого 16 листопада 2021 р. за основу. Не маю заперечень. Однак для пояснення своєї позиції колега обрав ч. 4 ст. 58 цього проекту: у разі виявлення колізії між положеннями різних нормативно-правових актів, які мають однакову юридичну силу, застосовуються положення нормативно-правового акта, що набрав чинності пізніше. Тобто, як стверджує М. І. Хавронюк, застосуванню підлягає ст. 111–2 Кодексу.

Це положення коментаря ґрунтується на вибірковому підході автора щодо обрання необхідних у таких випадках аргументів. В аспекті аналізованого питання я послідовно займаю позицію, відповідно до якої кодекс, порівняно з будь-яким законом (окрім Конституції) в ієрархії нормативно-правових актів, має вищу юридичну силу. У згаданому проекті Закону «Про правотворчу діяльність» також написано: «... закони, кодекси приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати Конституції» (п. 2 ч. 2 ст. 16 «юридична сила та ієрархія нормативно-правових актів»). Отже, виникає питання на кшталт: що є первинним – «яйце чи курка»? Формально зазначені акти є рівноцінними, оскільки розташовані в одному ряду (п. 2 ч. 2 ст. 16). Але та обставина, що спочатку згадуються «закони», а потім «кодекси», не означає пріоритетність законів. Насправді, будь-який кодекс ухвалюється законом, але після цього – від «народження» кодексу, він стає головним, після Конституції України, в системі інших законів.

Викладене узгоджено з іншими положеннями проекту Закону «Про правотворчу діяльність», а саме:

«У разі виявлення колізії між кодексом та законом застосовуються положення кодексу. Якщо кодексом передбачено можливість регулювання певних суспільних відносин відповідно до норм іншого закону, то застосовуються норми закону» (ч. 3 ст. 58);

«Стаття 11. Кодекс

1. Кодексом є закон, який встановлює загальні засади правового регулювання та систематизує норми права у відповідній сфері суспільних відносин.

2. При прийнятті законів у відповідній сфері повинні дотримуватися основні принципи правового регулювання суспільних відносин, передбачені кодексом.

3. Якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до Верховної Ради України проект закону, який регулює суспільні відносини інакше, ніж кодекс, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до кодексу. Поданий законопроект розглядається Верховною Радою України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до кодексу».

На жаль, професор М. І Хавронюк проігнорував ці норми аналізованого законопроекту.

Доречним вважаю запропонувати і такий аргумент, який у нашій ситуації можна використати за аналогією відповідно до наданого свого часу роз'яснення МЮ України:

«... 3. У разі існування неузгодженості між актами, виданими одним й тим же органом, але які мають різну юридичну силу, застосовується акт вищої юридичної сили. Наприклад, у випадку суперечності норм закону та Конституції України, які прийняті Верховною Радою України – колізія вирішується на користь Конституції, яка має найвищу юридичну силу» [13]. У нашому випадку – на користь Кодексу.

VI. На підставі викладеного, повторюю, законодавцем створено колізію нормативно-правових актів – суперечність між правовими приписами відповідних актів, що виявляється у відмінностях під час регулювання аналогічних суспільних відносин [14]. Колізію слід відрізнити від конкуренції норм. В останньому випадку кілька норм регламентують однакові положення, водночас між собою не суперечать і можуть існувати одночасно [15]. Отже, розмірковуючи про відповідальність за державну зраду і колабораційну діяльність, варто визнати появу у Кодексі «конфлікту» правових норм, які регулюють одні й ті самі суспільні відносини. Які норми підлягають

застосуванню у наявній ситуації, залежить від нашого розуміння юридичної сили та ієрархії нормативно-правових актів. Згідно з проектом Закону «Про правотворчу діяльність» юридична сила – «це властивість нормативно-правових актів, що визначає їх ієрархічну підпорядкованість та співвідношення обов’язковості між ними» (ч. 1 ст. 16). Це питання є принциповим і має бути вирішене на законодавчому рівні.

VII. Необхідно системно підійти до аналізу положень кримінального законодавства, що викликані агресією росії проти України. Ситуація вимагає передусім розбудови норм про державну зраду на принципово новій концепції. Зокрема, вважаю доцільним виключити із Кодексу ч. 2 ст. 111, а першу форму державної зради конкретизувати у такий спосіб: «перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту». Таку форму державної зради, як «надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України» зі статті виключити. Водночас треба доповнити статтю приміткою, в якій роз’яснити, зокрема, що діяннями «перехід на бік ворога ...» охоплюється зазначена форма державної зради («надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги ...») – по суті, низка діянь, що наразі визначаються в інших статтях Кодексу (наприклад, передбачених ст. 110–2 (фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України); частинами 3, 5, 7 ст. 111–1; ст. 111–2). У цьому аспекті всі так звані спеціальні норми (окрім норм, передбачених ст. 111–1), що фактично стосуються відповідальності за колабораційну діяльність, слід виключити із Кодексу.

Важливо запропонувати таку редакцію ст. 111–1, яка б шкідливо не конкурувала зі ст. 111 Кодексу (державна зрада). Для цього необхідно провести чітку межу, що відокремлюватиме аналізовані склади злочинів; потрібно визначити відповідні критерії, що слугуватимуть такому завданню. Нова редакція ст. 111–1 Кодексу має охопити діяння, передбачені статтями 114–2 (несанкціоноване поширення певної інформації в умовах воєнного або надзвичайного стану), 436–2 (виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників). Під час підготовки відповідного законопроекту не можна залишити без уваги і статті 109 («дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади») та 110 («посягання на територіальну цілісність і недоторканність України»). На період розробки системного нормативного акта треба зупинити довільне,

вибіркове вдосконалення норм про відповідальність за колабораційну діяльність (нещодавно вже зареєстровано законопроект стосовно ст. 111–1 Кодексу [16]).

Дехто із колег припускає думку про декриміналізацію державної зради. Навряд чи можна визнати це прийнятним. Не зайвим буде поцікавитися зарубіжним досвідом із цього питання, він свідчить на користь збереження суворої відповідальності за такі діяння. Наприклад, КК Голландії (ціла низка статей Книги 2 «Злочини» розділу 1 «Злочини проти безпеки держави»); Кримінальне уложення Німеччини – *Strafgesetzbuch (StGB)*: низка статей глави 2 «Державна зрада»; КК Франції (діяння, визначені статтями 411–2–411–11, утворюють зраду, якщо вони вчинені громадянином Франції чи військовослужбовцем, що перебуває на службі Франції, і шпигунство, якщо вони вчинені будь-якою іншою особою); КК Швейцарії (ст. 265 «державна зрада»).

VIII. У кримінально-правовому розумінні (*de lege ferenda*) поняття «колабораційна діяльність» можна визначити як умисні діяння, спрямовані на допомогу державі-агресору, або збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або незаконним органам влади, створеним на такій території, зокрема окупаційній адміністрації держави-агресора (співпраця з ними), вчинені громадянином України, іноземцем (крім громадян держави-агресора) чи особою без громадянства, за відсутності ознак державної зради.

Відповідно до запропонованої дефініції (так само – і за чинним законодавством) аналізовані дії чи бездіяльність можуть вчинятися за будь-яких мотивів і з будь-якою метою. Якщо вони вчиняються з метою заподіяння шкоди суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України, це може свідчити про наявність в таких діяннях особи ознак державної зради (ст. 111 Кодексу).

Умисні діяння, що утворюють колабораційну діяльність, можуть вчинятися не лише добровільно, а й вимушено, тобто за відсутності належного бажання в особи, яка їх вчиняє, під тиском обставин. Не випадково на добровільному характері діянь акцентовано не у всіх частинах ст. 111–1 Кодексу. В аспекті зазначеного слушним є звернення до вже згаданої Пам'ятки про дії органів місцевого самоврядування в умовах війни. Зокрема, в ній особливо наголошується, що будь-яка співпраця з ворогом забороняється. У жодному разі не можна переходити на бік ворога, визнавати його владу, приймати символіку ворога і допомагати агресору в проведенні підривної

діяльності проти України. Вимагається, щоб громадяни не вдавалися до жодного контакту з ворогом, включно з використанням гуманітарної допомоги з його боку. Контакт допускається лише за умов крайньої необхідності, для уникнення гуманітарної катастрофи і порятунку людей. Метою таких дій має бути усунення реальної небезпеки, зокрема, критичної нестачі продовольства, води, медикаментів, яка загрожує життю людей [17].

ІХ. На завершення підкреслю, що не мав своїм завданням всеохоплюючий огляд проблеми відповідальності за колабораційну діяльність. Зокрема, за межами виступу залишились: ґрунтовний аналіз складу кримінального правопорушення за ст. 111–1 Кодексу, проблеми покарання та класифікації аналізованих діянь; пов’язані з цим процесуальні питання та новели щодо відповідальності юридичних осіб; формування теоретичної моделі відповідних кримінально-правових норм. Такі комплексні і системні дослідження потребують часу, творчих зусиль багатьох спеціалістів.

З урахуванням зазначеного та інших актуальних факторів у подальшому, можливо, нам було б доцільним виносити на обговорення теми вузького характеру. Їх змістом може бути, наприклад, така важлива, на тлі тривалої війни росії проти України, щоразу окремо взята проблематика: колабораціонізм, державна зрада, воєнні злочини, злочин геноциду, злочини проти людяності, злочин агресії. Обов’язковим має бути використання (за наявності) відповідної слідчої та судової практики. Вбачається продуктивним проведення таких заходів за участю суддів, працівників прокуратури, правоохоронних органів та інших спеціалістів у сфері правознавства.

Маю також наголосити: поділяю науковий підхід Ю. В. Бауліна щодо формування воєнно-кримінального права України. Це може стати дорожньою картою для подальшого вдосконалення кримінального законодавства.

З нетерпінням очікую на виступ Д. С. Азарова – одного з найактивніших співавторів тексту Заяви Верховної Ради України «Про вчинення Російською Федерацією геноциду в Україні», що ухвалена парламентом 14 квітня 2022 р. [18]. Вважаю, його тема виступу належить до головних проблем нашого круглого столу.

Список використаних джерел:

1. «У мене померли дві собаки, бабуся Галя і улюблене місто Маріуполь». Історія дитячого щоденника, який збурих країну. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-61349042>
2. В Україні відкрили 738 справ за держзраду – Венедіктова. URL: https://gazeta.ua/articles/politics/_v-ukrayini-vidkrili-738-sprav-za-derzhzradu-venediktova/1085582

3. Дерейко І. І. КОЛАБОРАЦІОНІЗМ, поняття [Електронний ресурс]. Енциклопедія історії України: Т. 4: Ка-Ком / Редкол.: В. А. Смолій (голова) та ін. НАН України. Інститут історії України. К.: В-во «Наукова думка». 2007. 528 с. URL: <http://www.history.org.ua/?termin=Kolaboracionizm>

4. Колабораціонізм. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. К.: Наукова думка, 1970–1980. Том 4. 1973. С. 216

5. Колабораціоністи. Українська радянська енциклопедія (УРЕ): в 12 томах [Електронний ресурс]. 1974–1985. URL: <https://leksika.com.ua/13650606/ure/kolaboratsionisti>

6. Голован Василь. Хто такі колаборанти? URL: <https://goutsoullac.livejournal.com/376227.html>

7. Мер Херсона просить пояснити, як місцевій владі працювати в окупації. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2022/04/19/7340573/>

8. Що робити органам місцевого самоврядування в умовах воєнних дій? URL: <https://law-in-war.org/shho-robyty-organam-miscevogo-samovryaduvannya-v-umovah-voennyh-dij-okupacziyi-blokady-otochennya-gromady-chy-yih-zagrozy/>

9. Російські окупанти змушують українців з окупованих територій приймати «громадянство» псевдореспублік. URL: <https://ua.interfax.com.ua/news/general/830084.html>

10. 3 види пособників державі-агресору закріпили законом. URL: <https://zib.com.ua/ua/150964.html>

11. До 12 років позбавлення волі за пособництво державі-агресору. URL: <https://lexinform.com.ua/zakonodavstvo/do-12-rokiv-pozbavlennya-voli-za-posobnytstvo-derzhavi-agresoru/>

12. Хавронюк М. І. Кримінальна відповідальність за пособництво державі-агресору. URL: <https://racurs.ua/ua/b229-kriminalna-vidpovidalnist-za-posobnictvo-derjavi-agresoru.html>

13. Лист МЮ України «Щодо практики застосування норм права у випадку колізії» від 26 грудня 2008 р. № 758-0-2-08-19. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0758323-08#Text>

14. Колізія нормативних актів. Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 1998. Т. 3: К – М. Київ, 2001. С. 156.

15. Навроцький В. О. Міжгалузеві та внутрігалузеві колізії та їх подолання в ході правозастосування. *Проблеми пенітенціарної теорії і практики: Щорічний бюлетень Київського інституту внутрішніх справ*. К.: КІВС, 2004. №9. С. 106.

16. Проект Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та порядку досудового розслідування злочинів проти основ національної безпеки України» від 29 квітня 2022 р. № 7329. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=74162

17. Пам'ятка про дії органів місцевого самоврядування в умовах воєнних дій/окупації/блокади/оточення території громади чи загрози такої обстановки. Юридичні поради. Київ. 2022. URL: <https://law-in-war.org/wp-content/uploads/2022/04/pamyatka-pro-dii-organiv-miscevogo-samovryaduvannya-v-umovah-okupaczii-yuridichni-poradi.pdf>

18. Постанова Верховної Ради України «Про вчинення Російською Федерацією геноциду в Україні» від 14 квітня 2022 р. № 2188-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2188-20#Text>

Мисливий В. А.
д.ю.н., професор,
професор кафедри інформаційного
господарського та адміністративного
права
Національного технічного університету
України
«Київський політехнічний інститут
імені Ігоря Сікорського»

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КОЛАБОРАЦІОНІЗМ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

У світовому правопорядку важливе місце належить правовим нормам, що регулюють суспільні відносини, пов'язані з охороною основ національної безпеки держав від суспільно небезпечних посягань. При цьому еволюція планетарного соціуму в ХХІ столітті показує, що така охорона актуалізується у зв'язку з новими глобальними небезпечними викликами.

Таким викликом для світової спільноти постала 24 лютого 2022 року відкрита збройна агресія Російської Федерації проти України, на відсіч якої було видано Указ Президента України № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні» [1]. Боротьба Збройних Сил України, українського народу з агресором призвела до суттєвих змін у всіх сферах життєдіяльності українського суспільства. Зазнала такого впливу і система національного законодавства, і зокрема кримінального, яке в умовах війни з агресором має бути спрямоване на подолання ворожої навали, виявлення, розслідування та запобігання вчиненню загальнокримінальних, військових, воєнних та інших злочинних посягань.

З початком агресії на розвиток військово-політичної ситуації в умовах воєнного стану перед Україною цілком очікувано постали такі фактори. як:

незавершеність процесів формування громадянського суспільства; недосягнення необхідного рівня національної консолідації громадян; уразливість сфери інформаційної безпеки. Вказані та інші фактори змусили законодавця вжити заходів коригування кримінально-правової політики щодо захисту основ національної безпеки України.

Так, Кримінальний кодекс України (далі – КК України) доповнено статтею 111–1 «Колабораційна діяльність» [2], яка передбачила значний спектр злочинної поведінки громадян України, які добровільно публічно заперечують збройну агресію проти України, встановлення окупації її території, закликають до співпраці і підтримки дій та рішень держави-агресора, збройних формувань, окупаційної адміністрації держави-агресора в ідеологічній, організаційно-розпорядчій, адміністративно-господарській, пропагандистській, матеріально-ресурсній, господарській, правовій, освітній, виборчій, політичній, інформаційній, правоохоронній, судовій та військовій сферах, тобто в ключових сферах життєдіяльності держави. Кваліфікованим складом щодо норм цієї статті вважається вчинення особами, зазначеними у частинах п'ятій – сьомій ст. 111–1 КК України, дій або прийняття рішень, що призвели до загибелі людей або настання інших тяжких наслідків (ч. 8 ст. 111–1).

Іншою нормою-новелою серед злочинів проти основ національної безпеки в КК України стала стаття 111–2 «Пособництво державі-агресору», диспозиція якої передбачила: «Умисні дії, спрямовані на допомогу державі-агресору (пособництво), збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора, вчинені громадянином України, іноземцем чи особою без громадянства, за винятком громадян держави-агресора, з метою завдання шкоди Україні шляхом: реалізації чи підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора; добровільного збору, підготовки та/або передачі матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора, її збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора».

Нарешті, ще однією новою нормою в цьому розділі стала стаття 114–2 «Несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану» [3], яка передбачає відповідальність за поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, у тому числі про їх переміщення територією України, якщо така інфор-

мація не розміщувалася (не поширювалася) у відкритому доступі Генеральним штабом Збройних Сил України, Міністерством оборони України, Головним управлінням розвідки Міністерства оборони України чи Службою безпеки України або в офіційних джерелах країн-партнерів, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Частина 2 цієї статті карає за поширення інформації про переміщення, рух або розташування Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, за можливості їх ідентифікації на місцевості, якщо така інформація не розміщувалася у відкритому доступі Генеральним штабом Збройних Сил України, Міністерством оборони України або іншими уповноваженими державними органами, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені за попередньою змовою групою осіб або з корисливих мотивів, або з метою надання такої інформації державі, що здійснює збройну агресію проти України, або її представникам, або іншим незаконним збройним формуванням, або якщо вони спричинили тяжкі наслідки, за відсутності ознак державної зради або шпигунства кваліфікуються за частиною 3 статті 114–2 КК України.

Кримінально-правовий аналіз вказаних норм показує, що вони дійсно переважно спрямовані на охорону суспільних відносин, які утворюють основи національної безпеки України через подолання колабораціонізму, виховання національної свідомості громадян України та правового забезпечення інформаційної безпеки.

Проте важливими залишаються не лише наміри законодавця щодо криміналізації вказаних діянь, але й відповідність названих норм теорії і практиці кримінального права та перспективам застосування їх в правозастосовній діяльності. У зв'язку з цим, вважаємо за доцільне звернути увагу на такі положення.

По-перше, вказані кримінально-правові норми-новели характеризуються ознаками колізійності, конкурентності та суперечливості з базовою для них статтею 111 «Державна зрада» КК України. Прикладом може бути «зіткнення» такої форми державної зради, як перехід на бік ворога в період збройного конфлікту, що утворює безпосередню колізію з такими діями, передбаченими ст. 111–1 КК, як участь громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, або в збройних формуваннях держави-агресора чи надання таким формуванням допомоги у веденні бойових дій проти Збройних Сил України

та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України (ч. 7 ст. 111–1 КК). Виникає низка питань щодо співвідношення такої форми державної зради, як надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. Адже важко визначити чи створює колізію або конкурує ця форма державної зради з видами злочинної допомоги, яку надають колаборанти. Очевидно, задля уникнення цієї вади законодавцю слід більш точно визначити кримінально-правовий зміст надання допомоги іноземній державі або її представникам, яка вважається підривною для України, а отже утворює державну зраду.

Іншим недоліком ст. 111–1 КК України є її очевидна громіздкість за обсягом, надмірна перевантаженість нормативними приписами, що буде призводити не лише до ускладнень під час внесення до неї наступних змін та доповнень, але й суттєво ускладнить її застосування на практиці. У цьому відношенні законодавець залишив поза увагою розроблені ним же для користування «Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки», які відзначають, що «іншим недоліком зазначених законів є наявність громіздких статей, перенасичених регулятивними приписами, що призводить не лише до ускладнень під час внесення до них наступних змін, але й у процесі їх застосування» [4, с. 13].

Думається, що більш логічним та оптимальним варіантом була б побудова системи норм щодо колабораціонізму на кшталт відповідних норм, що передбачають в чинному КК України відповідальність за тероризм, або, що вдається більш прийнятним при бажанні законодавця обмежитись однією статтею, використати досвід законодавчої техніки, апробований у ч. 2 ст. 115 КК України, який, до речі, при формулюванні статей Особливої частини КК України використовують вчені-юристи розробники проекту Кримінального кодексу України. Такий підхід може бути прийнятним і тому, що санкції окремих складів злочинів у ст. 111–1 КК України за видами та розміром покарань майже не мають суттєвих відмінностей.

Невдалим, на наш погляд, є чергова спроба законодавця визначити поняття тяжких наслідків у частині восьмій цієї статті через шкоду в її вартісному визначенні (п. 4 Примітки ст. 111–1 КК України), оскільки заподіяну шкоду через вказані в статті форми колабораціонізму виключно через обрахування її ціни в вартісних показниках в багатьох випадках визначити буде неможливо.

Крім того, вважаємо, що за ступенем суспільної небезпечності колабораційна діяльність залишається близькою до державної зради, проте є значно

більш поширеним протиправним явищем, а тому, на наш погляд, задля її запобігання необхідно застосовувати правові заходи, спрямовані на своєчасне зупинення проявів колабораційної діяльності громадян шляхом запровадження у змісті статті 114–2 КК України відповідної заохочувальної норми.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон України від 03.03.2022 р. №2108-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108–20#Text>.

2. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки : Закон України від 14.04.2022 р. №2198-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2198–20#n8>.

3. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану : Закон України від 24.03.2022 р. №2160IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160–20#n10>.

4. Правила оформлення проектів законів та основні вимоги законодавчої техніки. Методичні рекомендації. Видання 4-те, випр. і доп. Головне юридичне управління Апарату Верховної Ради України. Київ, 2014. 39 с. URL: http://static.rada.gov.ua/site/bills/info/zak_rules.pdf.

Газдайка-Василишин І. Б.

к.ю.н., доцент,

завідувачка кафедри кримінального права

і кримінології

Львівського державного університету

внутрішніх справ

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Із початку військової агресії РФ проти України законотворча діяльність Верховної Ради України відбувається у досить швидких темпах, що, безумов-

но, диктується вимогами воєнного стану. Проте, іноді ця швидкість негативно впливає на якість прийнятих норм, у тому числі – кримінально-правових.

Однією із таких кримінально-правових новел є стаття 111¹ Кримінального кодексу України (далі – КК), якою передбачено відповідальність за колабораційну діяльність. Цією статтею КК був доповнений на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 3 березня 2022 року №2108-ІХ.

Першочергово, варто звернути увагу на питання чинності цих змін. Адже законодавець, вочевидь поспіхом, допустив технічну, проте все ж таки помилку, яка стосується процедури внесення змін до «деяких законодавчих актів». Адже, згідно з ч. 6 ст. 3 КК «зміни до законодавства України про кримінальну відповідальність можуть вноситися **виключно** законами про внесення змін до КК України та/або до кримінального процесуального законодавства України, та/або до законодавства України про адміністративні правопорушення». Аналогічна правова норма міститься і в Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК).

Згаданий вище Закон покликаний внести зміни власне до КК та до КПК, тому в його назві слід було прямо на це вказати, а не вживати конструкцію «до деяких законодавчих актів України». Ціна такої технічної помилки може бути доволі високою, адже порушення процедури внесення змін до КК може слугувати підставою для оскарження цих норм та перепорою для їх застосування.

Ще одна «технічна» помилка полягає в тому, що частина 1 та 2 статті 111¹ КК встановлює відповідальність за **кримінальні проступки**. При цьому, вона розміщена в розділі 1 Особливої частини КК, який носить назву «**Злочини** проти основ національної безпеки». Отож, цим же Законом про внесення змін до КК слід було змінити і назву розділу 1 Особливої частини КК, а саме слово «злочини» варто було замінити словами «кримінальні правопорушення».

Переходячи від «технічних» питань до «сутнісних», варто зауважити, що наукова спільнота також оперативно реагує на кримінально-правові новели та на ті виклики, які вони можуть породити у практичній діяльності. До прикладу, Марін О. К. називаючи такі зміни «парадоксами кримінального права» задає цілком слушне запитання: «для чого приймати привілейовані спеціальні норми?». Як приклад такого привілейованого складу автор вказує на ч. 3 ст. 111¹ КК та зазначає, що за її відсутності діяння, які нею передбачені, мали б кваліфікуватись за частиною 2 статті 111 КК (як дер-

жавна зрада у формі надання іноземній державі допомоги в проведенні підривної діяльності проти України в умовах воєнного стану) і каратись значно суворіше, аніж караються зараз. Оскільки більшість складів кримінальних правопорушень, передбачених ст. 111¹ КК є «привілейованими» складами державної зради, то ватро зауважити, що кримінально-правові норми, якими вони передбачені, мають зворотну дію в часі, оскільки пом'якшують кримінальну відповідальність.

Мовчан Р. О. виокремлює низку цілком слухних питань, які слід врахувати громадянам та правозастосовцям, і тих, які не врахував законодавець; а також пропонує внести низку змін до ст. 111¹ КК. При цьому «чи не найактуальнішою практичною проблемою, яка може виникнути у зв'язку із доповненням КК ст. 111–1» науковець вважає питання відмежування передбачених у ній складів кримінальних правопорушень від державної зради. У зв'язку з чим навіть піднімає питання «про саму доцільність існування окремої норми про колабораціонізм».

Позицію щодо ознак для розмежування колабораційної діяльності та державної зради озвучив М. І. Хавронюк під час виступу на усеукраїнському онлайн-семінарі для суддів «Зміни до Кримінального кодексу України у зв'язку з військовою агресією РФ проти України». Науковець зазначив, що для відмежування цих злочинів має значення назва статті 111¹ КК – «Колабораційна діяльність», адже «колаборація це діяння, що здійснюється: в умовах окупації; у формі співпраці з державою-агресором; представниками населення держави (як громадянами, так і не громадянами); з метою спричинити шкоду державі Україна, її патріотам чи союзникам. Ці «чотири наведені ознаки дають (хоча іноді і недостатню) можливість відмежувати діяння від тих, що передбачені у ст. 111 як державна зрада».

І справді, більшість діянь, перерахованих у ст. 111¹ КК, до прийняття цієї норми можна (і слід) було кваліфікувати як державну зраду (у формі надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України чи у формі переходу на бік ворога). На даний час кримінально-правові норми статей 111 та 111¹ конкурують між собою як загальна та спеціальна.

Державна зрада (загальна норма) охоплює собою: 1) перехід на бік ворога в період збройного конфлікту, 2) шпигунство, 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України. Якщо ці діяння вчинені в умовах воєнного стану, відповідальність настає за ч. 2 ст. 111 КК України.

Колабораційна діяльність (спеціальна норма) охоплює доволі широкий перелік суспільно небезпечних діянь, які своєю чергою, можуть бути «спо-

собами» надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України або ж «способами» переходу на бік ворога. Ілюстрація цієї конкуренції норм відображена у таблиці:

<i>Стаття 111¹ КК України «Колабораційна діяльність»</i>	<i>Стаття 111 КК України «Державна зрада»</i>
1	2
Публічне заперечення здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України (ч. 1)	Можуть бути спрямовані на допомогу в проведенні підривної діяльності проти України
Публічні заклики до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора, до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України (ч. 1)	Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України
Здійснення пропаганди у закладах освіти (ч. 3)	Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України
Дії, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти (ч. 3)	Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України
Передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора (ч. 4)	Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України; Перехід на бік ворога
Проведення господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, у тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора (ч. 4)	Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України

1	2
<p>Добровільне зайняття посади у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора (ч. 2, 5)</p>	<p>Надання допомоги в проведенні під-ривної діяльності проти України</p>
<p>Добровільне зайняття посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території (ч. 7)</p>	<p>Перехід на бік ворога</p>
<p>Добровільне обрання до незаконних органів влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі до окупаційної адміністрації держави-агресора (ч. 5)</p>	<p>Надання допомоги в проведенні під-ривної діяльності проти України; Перехід на бік ворога</p>
<p>Участь в організації та проведенні незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території (ч. 5)</p>	<p>Надання допомоги в проведенні під-ривної діяльності проти України</p>
<p>Публічні заклики до проведення незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території (ч. 5)</p>	<p>Надання допомоги в проведенні під-ривної діяльності проти України</p>
<p>Організація та проведення заходів політичного характеру (ч. 6)</p>	<p>Надання допомоги в проведенні під-ривної діяльності проти України</p>
<p>Активна участь у заходах політичного характеру (ч. 6)</p>	<p>Надання допомоги в проведенні під-ривної діяльності проти України</p>
<p>Здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою-агресором та/або його окупаційною адміністрацією, спрямованих на підтримку держави-агресора, її окупаційної адміністрації чи збройних формувань та/або на уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України (ч. 6)</p>	<p>Надання допомоги в проведенні під-ривної діяльності проти України;</p>
<p>Добровільна участь в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора (ч. 7)</p>	<p>Перехід на бік ворога</p>

1	2
<p>Надання таким формуванням допомоги у веденні бойових дій проти Збройних Сил України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, добровольчих формувань, що були утворені або самоорганізовувалися для захисту незалежності, суверенітету та територіальної цілісності України (ч. 7)</p>	<p>Перехід на бік ворога</p>

Правила кваліфікації дій винної особи за наявності конкуренції загальної та спеціальної норми давно і добре відомі – застосуванню підлягає спеціальна норма. Хоча більшість норм, які містяться в статті 111¹ КК, закріплюють привілейовані склади державної зради (на що справедливо звертається увага науковців), застосовувати слід саме їх. Як державна зрада можуть бути кваліфіковані лише ті форми переходу на бік ворога та надання допомоги в проведенні підривної діяльності, які не описані у частинах 1–7 статті 111¹ КК України.

Виходячи із визначення поняття «здійснення інформаційної діяльності», яке міститься у абз. 3 Примітки до ст. 111¹ КК України («створення, збирання, одержання, зберігання, використання та поширення відповідної інформації»), можна зробити висновок, що ця форма суспільно-небезпечного діяння охоплює також «шпигунські» дії – передачу або збирання з метою передачі іноземній державі, іноземній організації або їх представникам відомостей, що становлять державну таємницю. Проте, в диспозиції частини 6 статті 111¹ КК, яка встановлює кримінальну відповідальність за «здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою-агресором та/або його окупаційною адміністрацією, спрямованих на підтримку держави-агресора, її окупаційної адміністрації чи збройних формувань та/або на уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України» є пряма вказівка на відсутність ознак державної зради. Вочевидь, логіка законодавця полягала в тому, щоб за допомогою цієї вказівки «виключити» з такої інформаційної діяльності ті діяння, що стосуються державної таємниці.

Така нормотворча техніка викликає низку застережень, зокрема тих, що висловлені Р. О. Мовчаном. І справді використання конструкції «за відсутності ознак державної зради» лише в частині 6 статті 111¹ КК України ставить більше питань, аніж дає відповідей. Перше з них – якої саме форми суспіль-

но небезпечного діяння стосується ця конструкція. Усіх, що передбачені в частині 6 статті 111¹ КК України, чи лише «здійснення інформаційної діяльності»?

Оскільки «активна участь у таких заходах» як форма суспільно небезпечного діяння в тексті цієї норми вказана після слів «за відсутності ознак державної зради», то буквальне тлумачення цього тексту полягає в тому, що вочевидь вона **може** містити ознаки державної зради (наприклад, бути допомогою у проведенні підривної діяльності проти України). Отож, ця конструкція не стосується і перших двох форм суспільно небезпечного діяння (організації та проведення заходів політичного характеру). Адже важко уявити ситуацію, за якої організація або проведення заходів політичного характеру не містять ознак державної зради, а активна участь у них – містить такі ознаки...

Зрештою, не зрозуміло також, яким чином «здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою-агресором та/або його окупаційною адміністрацією, спрямованих на підтримку держави-агресора, її окупаційної адміністрації чи збройних формувань та/або на уникнення нею відповідальності за збройну агресію проти України» може не містити ознак державної зради. Адже підтримка держави-агресора, її окупаційних адміністрацій чи збройних формувань – це завжди або надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України, або перехід на бік ворога. Тому єдиний можливий варіант тлумачення цієї норми полягає в тому, що насправді законодавець мав на увазі відсутність ознак шпигунства (як форми державної зради для громадян України).

Принагідно слід зазначити, що оскільки суб'єкт в частині 6 статті 111¹ КК України – загальний, а не лише громадяни України, то варто також відмежувати цей склад злочину і від шпигунства, передбаченого статтею 114 КК України. Для цього в частині 6 статті 111¹ КК України слід замінити слова «за відсутності ознак державної зради» словами «за відсутності ознак шпигунства». До внесення таких змін кваліфікація дій винного за частиною 6 статті 111¹ КК України видається дуже проблематичною, або ж взагалі неможливою.

Також кримінально-правова норма частини 6 статті 111¹ КК (в частині здійснення інформаційної діяльності) конкурує із нормами, що містяться в статті 114² КК «Несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або

надзвичайного стану». Причому, як не дивно, навіть частина 3 цієї статті містить менш сувору санкцію, аніж санкція частини 6 статті 111¹ КК.

Щодо кваліфікації дій тих осіб, в діях яких одночасно є ознаки складів кримінальних правопорушень, передбачених різними частинами статті 111¹ КК, також виникає немало запитань. Оскільки структура цієї статті має не «класичну» модель (з одним основним складом, і одним чи декількома кваліфікованими складами), а передбачає в частинах 1–7 сім основних складів кримінальних правопорушень, більшість з яких характеризується ще й різними альтернативними суспільно небезпечними діяннями, вочевидь, ці діяння можуть поєднуватись в поведінці однієї і тієї ж особи. За загальним правилом, вони повинні отримувати самостійну кримінально-правову оцінку. Так, до прикладу, дії громадянина України, який добровільно зайняв посаду в незаконному судовому органі, створеному на тимчасово окупованій території, а також організував/провів захід політичного характеру у співпраці з державою-агресором (чи окупаційною адміністрацією), слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених частиною 6 та частиною 7 статті 111¹ КК.

Проте, з цього правила існують винятки. До прикладу, здійснюючи пропаганду в закладах освіти з метою сприяння здійсненню збройної агресії проти України, встановленню та утворенню тимчасової окупації частини території України, уникненню відповідальності за здійснення державою-агресором збройної агресії проти України (ч. 3 ст. 111¹ КК) громадянин України також, безсумнівно, вчинятиме і публічне заперечення здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утворення тимчасової окупації частини території України або ж публічні заклики громадянином до підтримки рішень та/або дій держави-агресора (ч. 1 ст. 111¹ КК). В таких випадках дії винного слід кваліфікувати лише за частиною 3 статті 111¹ КК.

Принагідно зазначимо, що співвідношення частини 1 статті 111¹ КК із положеннями статті 436² КК також є непростим питанням. Його аргументоване вирішення може бути предметом окремої наукової дискусії і, на мій погляд, має завершитись внесенням змін до КК. Адже правильність та однотипність практики застосування цих двох норм в їх чинній редакції – це серйозний виклик і практично нереальне завдання.

Не менш серйозні виклики перед практичними органами постають і через чинну редакцію частини 8 статті 111¹ КК, яка сконструйована таким чином, що унеможливує її правильне застосування. Вочевидь, приймаючи цю норму, законодавець мав на меті створити кваліфікований склад колабораціонізму. При цьому ознаками, що кваліфікують це злочин, мали

бути суспільно небезпечні наслідки, завдані колабораційною діяльністю (загибель людей або настання інших тяжких наслідків). Але замість використання стандартної конструкції «діяння, передбачені частинами 5–7 цієї статті, що спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки», законодавець використав таку конструкцію «вчинення особами, зазначеними у частинах п'ятій – сьомій цієї статті, дій або прийняття рішень, що призвели до загибелі людей або настання інших тяжких наслідків». На мій погляд, найоптимальнішим виходом із цієї ситуації є виключення із КК частини 8 статті 111¹ КК. Якщо ж колабораційна діяльність особи матиме своїм наслідком смерть людини (чи інші тяжкі наслідки), то її дії можна буде кваліфікувати за сукупністю відповідної частини статті 111¹ КК та статтею про вбивство (умисне чи необережне) чи іншими статтями (залежно від характеру тяжких наслідків).

Проблеми кваліфікації виникнуть також і після набрання чинності Законом України № 7186 від 14.04.2022, який на момент написання цих тез знаходиться на підписі в Президента України. Адже ним до КК внесено статтю 111² КК, якою передбачено відповідальність за «Пособництво державі-агресору». Згідно з Проектом цього закону ця стаття передбачає:

Умисні дії, направлені на допомогу державі-агресору (пособництво), його збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації державі-агресора, вчинені громадянином України, іноземцем чи особою без громадянства, за виключенням громадян держави-агресора, з метою завдання шкоди Україні, шляхом: реалізації чи підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора; будь-якої співпраці, у тому числі збір, підготовка та/або передача матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора, його збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора; інша взаємодія з представниками держави-агресора, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, в тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора. Санкція статті 111² КК – «позбавлення волі на строк від десяти до дванадцяти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років та з конфіскацією майна або без такої».

Охопити в межах тез однієї доповіді усі проблемні питання кваліфікації колабораційної діяльності неможливо; пошук шляхів їх вирішення без сумніву стане предметом не одного наукового дослідження.

Радутний О. Е.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

ПУБЛІЧНЕ ЗАПЕРЕЧЕННЯ ЯК РІЗНОВИД КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ЗА Ч.1 СТ.111⁻¹ КК УКРАЇНИ

Вагомі внески у дослідження проблематики кримінальних правопорушень проти національної безпеки України та її основ внесли В. С. Батиргарєєва, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. І. Грабовський, Л. М. Демидова, І. І. Дерейко, О. О. Дудоров, З. А. Загинеї, О. В. Зайцев, О. Ю. Звонарьов, В. М. Киричко, А. С. Климосюк, Ю. В. Луценко, А. А. Музыка, В. О. Навроцький, М. І. Панов, І. Патриляк, Є. О. Письменський, М. А. Рубашенко, Є. Д. Скулиш, Є. Л. Стрельцов, В. Я. Тацій, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк, С. О. Харитонов та інші, безпосередньо питанням соціальної та кримінально-правової оцінки колабораційної діяльності присвячені монографія Є. О. Письменського «Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в Україні (кримінально-правові аспекти)» [4] та науково-публіцистична робота Philippe Bourdrel «L'Épuration sauvage 1944–1945» («Дике очищення 1944–1945») [1], історичним проявам – праці А. Далліна, В. Броккдорффа, Ю. Киричука, І. С. Кісельгофа, М. І. Семіряги, О. О. Фоміна тощо.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» №2108-IX від 3 березня 2022 р. [5] КК України (далі – КК) було доповнено ст. 111⁻¹ «Колабораційна діяльність».

Колабораціонізм (фр. *collaboration* співробітництво) розуміють як співпрацю населення або громадян певної країни з ворогом в інтересах загарбника на шкоду самій державі чи її союзникам. У вузькому розумінні термін згадується у зв'язку з L'épuration sauvage (фр. дике очищення) – ганебною сторінкою історії Франції та окремих скандинавських країн (зокрема, Норвегії) після Другої світової війни, коли тисячі жінок за підозрою у сексуальних відносинах з солдатами і офіцерами Вермахту або інших збройних формувань Рейху (так звані «лежачі колабораціоністки») були піддані соціальному тавруванню, публічному приниженню з голінням голови та малюванням свастики, самосуду з розстрілами та іншими видами страти,

ув'язненню на строк від шести місяців до одного року тощо. Між тим, як виявилось згодом, у більшості випадків з ними зводили особисті рахунки, на них зганяли гнів від поразок та довгих років окупації, а так само у зазначений спосіб чоловіки з удавано активною громадянською позицією відволікали увагу від фактів своєї співпраці з окупаційною владою (більш детально див. у згаданого Philippe Bourdrel [1]).

До появи у КК статті 111⁻¹ «Колабораційна діяльність» більшість різновидів останньої охоплювалися кваліфікацією за ст. 111 («Державна зрада») КК у формах «перехід на бік ворога» або «надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України». Ними могли бути воєнний колабораціонізм (сприяння ворогу зі зброєю у руках, зокрема, служба у військових формуваннях, поліцейських структурах, в органах розвідки або контррозвідки), економічний колабораціонізм (співробітництво у будь-яких галузях економіки, за виключенням «фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України», відповідальність за які передбачена окремо ст. 110⁻² КК), культурний або духовний колабораціонізм (поширення серед населення вірнопідданських або імперських почуттів, ностальгія за минулими часами удаваних досягнень чи благоденства, пропаганда загадковості душі, особливості сакрального шляху та винятковості певної раси або національності серед так званих інших молодших братніх народів), побутовий колабораціонізм (встановлення дружніх та родинних відносин між окупантами та окупованим населенням), адміністративний колабораціонізм (співробітництво в окупаційних органах влади) тощо.

Після внесення певних змін до КК окремі різновиди державної зради (ст. 111 КК) мають кваліфікуватися за ст. 111⁻¹ «Колабораційна діяльність» КК або іншими (згаданю ст. 110⁻², або ст. 111⁻² «Пособництво державі-агресору», ст. 436⁻² «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників» КК тощо), які співвідносяться зі ст. 111 КК як загальна та спеціальні норми, в той час як між собою (ст. ст. 110⁻², 111, 111⁻¹, 111⁻², 436⁻² КК) – як спеціальні та екстра-спеціальні норми.

Однією з альтернативних форм діянь за ч.1 першою ст. 111⁻¹ КК є публічне заперечення *а)* здійснення збройної агресії проти України, *б)* встановлення тимчасової окупації частини території України та *в)* утвердження тимчасової окупації частини території України (з'єднувальна сполука «та» вказує на обов'язкове поєднання таких двох форм публічного заперечення як «встановлення» та «утвердження» тимчасової окупації частини

території України, на відміну від альтернативної форми публічного заперечення щодо здійснення збройної агресії проти України; втім, більш доцільним вбачалося би використання роз'єднувальної сполуки «або» чи відповідної пунктуації).

Відповідно до тлумачення, яке надає Академічний словник української мови [3, с. 250] заперечення означає: 1) дію за значенням заперечити («.. почати з заперечення і висміювання чорта.. і закінчити запереченням ікон і всяких «нісенітниць божественних», це тільки буває у цільних натур, якою і була моя учителька ...» Павло Тичина, III, 1957, 135); 2) заяву про незгоду з ким-, чим-небудь, доказ проти чогось («... пропозицію харків'ян переїхати.. до них у Харків ..було прийнято без заперечень, одноголосно ...» Андрій Головка, II, 1957, 432); 3) спростування будь-чого («... Не [тополю високу вітер нагинає], Дівчинонька одинока долю зневажає ...» Т. Шевченко); 4) невизнання існування, значення, доцільності чого-небудь («... Es ist sinnlos zu fliehen; in diesem Tempo werden sie dem Krieg nicht entfliehen. 'Немає сенсу втікати; такими темпами вони не втечуть від війни' (H. Böll); 5) слово, яке заперечує зміст іншого слова або речення (в українській мові – частки не, ні).

Таким чином, публічне заперечення у складі ч.1 ст.111⁻¹ КК означає спростування, невизнання існування або факту а) здійснення збройної агресії проти України (наприклад, іменування її «повстанням мешканців Донбасу або Луганщини, визволенням або спеціальною операцією з боку РФ або Білорусії»), б) встановлення тимчасової окупації частини території України та в) утвердження тимчасової окупації частини території України.

Але справа у тому, що за «заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, розпочатої у 2014 році» та «заперечення тимчасової окупації частини території України» кримінальна відповідальність також встановлена згаданою ст. 436⁻² «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників» КК.

Відмінності між ст. 111⁻¹ та ст. 436⁻² КК полягають у наступному: 1) обов'язковість публічного характеру заперечень збройної агресії або тимчасової окупації для ст. 111⁻¹ КК та необов'язковості цієї ознаки для ст. 436⁻² КК; 2) персоналізація держави-агресора (для форми «заперечення збройної агресії проти України»), якою для ст. 436⁻² КК може бути тільки РФ, в той час як для ст. 111⁻¹ КК – будь-яка країна, зокрема Білорусь; 3) суб'єкт за ч.1 ст. 111⁻¹ КК є спеціальним (громадянин(-ка) України), за ст. 436⁻² КК – загальний (будь-яка фізична осудна особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності 16 років).

Між тим, заперечення збройної агресії проти України та заперечення тимчасової окупації частини території України (ст. ст. 111⁻¹, 436⁻² КК) можуть бути різновидом умисних дій, спрямованих на допомогу державі-агресору (пособництво), збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора з метою завдання шкоди Україні шляхом реалізації чи підтримки рішень та/або дій держави-агресора, відповідальність за які передбачена ст. 111⁻² «Пособництво державі-агресору» КК. Оскільки заперечення збройної агресії проти України і заперечення тимчасової окупації частини території України (ст. ст. 111⁻¹, 436⁻² КК) є спеціальним видом екстра усіченого складу умисних дій, спрямованих на допомогу державі-агресору (ст. 111⁻² КК), які, у свою чергу, можуть бути охоплені більш загальним поняттям «перехід на бік ворога» або «надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України» (ст. 111 КК), то за правилами конкуренції загальної, спеціальної та екстра спеціальної норми застосуванню підлягають ст. ст. 111⁻¹, 436⁻² КК для відповідних випадків (залежно від суб'єкта, країни-агресора тощо).

Порівняння санкцій за ч.1 ст. 111, ч.1 ст. 111⁻¹, ч.1 ст. 111⁻², ч.1 ст. 436⁻² КК вказує на появу привілейованих складів державної зради, адже раніше статтею 111 КК було передбачено більш сувору відповідальність, в той час як найменш суворе покарання загрожує у випадку «заперечення збройної агресії проти України» з боку будь-якої країни, крім РФ, і саме громадянином(-кою) України (ст. 111⁻¹ КК).

Для ч.1 ст. 111⁻¹ КК в законі вживано два окремі терміни «встановлення» та «утвердження» тимчасової окупації частини території України, які виглядають синонімами. Тим не менш, на підґрунті презумпції глибинного змісту їх одночасного використання постає необхідність щодо виявлення тих ознак, які їх виокремлюють між собою. У випадку виявлення відсутності зазначеного посилу з боку законодавця, вбачаються підстави надати перевагу лише одному з них. Крім того, потреба встановити одночасну наявність як «встановлення», так і «утвердження» у їх системному поєднанні замість альтернативи (адже в законі використано з'єднувальну сполуку «та») може стати причиною ускладнення процесу кваліфікації, але у більшості випадків на практиці на це не буде звернуто належну увагу.

Відповідно до контексту колабораційної діяльності встановлення (установлення) може означати [2, с. 498]: 1) організувати, здійснювати, налагоджувати; 2) створювати, утверджувати, узаконювати що-небудь; 3) вводити в дію, визначати певними заходами тощо. У свою чергу, слово утвердження використовується [7, с. 505] для опису дії зі значенням утвердити

(установити що-небудь, робити міцним, непорушним, остаточно зміцнювати). Просте порівняння вказує на взаємозамінність розглядуваних понять, можливу і ледве помітну відмінність «утвердження» від «встановлення» з огляду на ознаку доконаного характеру дій. Втім, для цілей нормативної прозорості та правової визначеності кримінально-правового припису вбачається більш ефективним виключити з тексту ч.1 ст. 111⁻¹ КК обидва терміни, завдяки чому останній матиме наступний вигляд – «... публічне заперечення здійснення збройної агресії проти України або тимчасової окупації частини території України».

Суб'єктний склад згаданих кримінальних правопорушень вказує на відсутність відповідальності за ст. 111, ч.1 ст. 111⁻¹, ст. 111⁻² КК для громадян РФ та Білорусі, незалежно від того, чи перебувають вони на території України, у випадку здійснення ними публічних закликів до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора, до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України.

Повідомлення ЗМІ [6] вказують на переважну до 80% підтримку з боку громадян РФ загарбницької війни та геноциду проти України. Об'єктивна оцінка зазначеного факту полягає у тому, що всередині своєї тоталітарної держави вони можуть до певного часу безкарно підтримувати її агресивну ідеологію, що спрямована проти всього іншого, на їх думку, меншовартісного людства, яке не усвідомлює та(або) не поділяє захоплення загадковістю душі, особливим статусом та шляхом одного окремо обраного народу або нації. Але немає жодних підстав залишати безвідповідальними дії громадян держави-агресора на території України, в тому числі у вигляді публічних закликів до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора, до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України, а так само у формі всіх інших дій, передбачених ст. ст. 111⁻¹, 111⁻² КК. До слова, подібних обмежень за суб'єктом не передбачає ст. 436⁻² «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників» КК, таким чином вбачається доцільним зняти обмеження спеціального суб'єкта у ст. ст. 111⁻¹, 111⁻² КК та позначити його як загального.

Список використаних джерел:

1. Bourdrel, Philippe (2008). L'Épuration sauvage 1944–1945. Publisher: Tempus Perm, French Edition, Pocket Book, August 21, 2008. – 704 p.
2. Встановлення / Академічний словник української мови: в 11 томах. – Том 10, 1979. – с. 498. URL: <http://sum.in.ua/s/ustanovljувaty> (дата звернення – 02.05.2022)
3. Заперечення / Академічний словник української мови: в 11 томах. – Том 3, 1972. – с. 250. URL: <http://sum.in.ua/s/zaperechennja> (дата звернення – 16.04.2022)
4. Письменський Є. О. Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в Україні (кримінально-правові аспекти) : наук. нарис / Є. О. Письменський. – Сєвєродонецьк, 2020. – 121 с.
5. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України №2108-IX від 3 березня 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n12> (дата звернення – 15.04.2022 р.)
6. Рощина О. Підтримка війни проти України в Росії ще більше зросла / Українська правда, 23 березня 2022 р. URL: <https://www.pravda.com.ua/news/2022/03/23/7333901/> (дата звернення – 03.05.2022 р.)
7. Утвердження / Академічний словник української мови: в 11 томах. – Том 10, 1979. – с. 505. URL: <http://sum.in.ua/s/ustanovljувaty> (дата звернення – 02.05.2022)

*Рубашенко М. А.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ПУБЛІЧНІ ЗАКЛИКИ ДО ПІДТРИМКИ ДІЙ АГРЕСОРА ТА ДО СПІВПРАЦІ З АГРЕСОРОМ: ПРОБЛЕМИ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЗАКОНОДАВЧОЇ НОВЕЛИ

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 3 березня 2022 року КК України було доповнено статтею 111–1 «Колабораційна діяльність» [1]. При цьому в різних частинах нової статті встановлено кримінальну відповідальність за різні форми колабораціонізму та відповідно різні суспільно небезпечні діяння. Фактична потреба в негайній протидії сприянню громадян України та юридичних осіб Російській Федерації

у здійснення агресії проти України та зростаючий суспільний попит на криміналізацію колабораціонізму спонукали законодавця до швидкого прийняття відповідного закону. Як наслідок, отримана в підсумку кримінально-правова новела має низку недоліків як технічного, так і змістовного характеру.

Колабораційна діяльність за ч.1 ст.111–1 КК України може виражатися у двох альтернативних формах інформаційних дій: 1) публічне заперечення здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України; 2) публічні заклики до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора (далі – *агресора*), до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України.

Поняття публічного заклику в науці кримінального права не є новим. Це усталений наскрізний термін, що неодноразово зустрічається в тексті Особливої частини. І хоча залишається чимало дискусійних його аспектів, загалом під *закликом* слід розуміти інформаційну дія, яка полягає у висловленні (повідомленні) адресату в будь-якій формі інформації, зміст якої спрямований викликати в нього бажання (намір) учинити певне суспільно небезпечне діяння – *subsequent crime*, тобто певні дії чи бездіяльність, до вчинення яких може згідно тієї чи іншої статті КК закликати суб'єкт заклику та які можуть унаслідок цього вчинюватися [2].

Стосовно ч.1 ст.111–1 КК *subsequent crime* – це активна або пасивна поведінка, що полягає в підтримці рішень та/або дій агресора, у співпраці з ним або у невизнанні поширення державного суверенітету на тимчасово окуповані території України.

Заклик завжди має спонукальну (схиляльну) природу, тобто йдеться не просто про вираження особою своїх поглядів та доведення своєї позиції до відома адресату, але й про інформаційний вплив на адресат. При цьому схиляння може бути як явним («потрібно...», «слід...», «ми повинні...» і т.д.), так і прихованим за більш складними лінгвістичними конструкціями, бути так би мовити розлитим у тексті, чи різних його частинах. У другому випадку виникає потреба в проведенні лінгвістичної експертизи.

У ч.1 ст.111–1 КК передбачено три види діянь, до вчинення яких може схилятися адресат, тобто три види публічних закликів: **а)** до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора; **б)** до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора; **в)** до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України.

1. Підтримка дій агресора – це сприяння (допомога) його агресії чи пов'язаним з агресією діям або поділяння (схвалення) таких дій. Підтримка загалом за своїм змістом може охоплювати дві такі форми: а) підтримка-схвалення, б) підтримка-сприяння. Остання форма за змістом перетинається зі співпрацею з агресором, публічні заклики до якої альтернативно передбачені у ч.1 ст.111–1 КК. Співвідношення *підтримки дій/рішень агресора та співпраці з ним* може мислитися в таких трьох варіантах:

1) підтримка дій/рішень охоплює як підтримку-схвалення, так і підтримку-сприяння, при цьому друга означає лише односторонню підтримку-сприяння, поза як двостороння (тобто, взаємодія) охоплюватиметься співпрацею з агресором. Цей варіант трактування має недоліки семантичного характеру, оскільки незважаючи на те, що в суворому значенні поняття «співпраця» мало б передбачати тільки двосторонній контакт (усвідомлену взаємодію між щонайменше двома сторонами), юридична теорія і практика як співпрацю ідентифікує також і односторонню підтримку;

2) підтримка дій/рішень охоплює як підтримку-схвалення, так і підтримку-сприяння, при цьому друга означає як односторонню, так і двосторонню підтримку. За такого підходу дві альтернативні та самостійні форми публічних закликів, передбачені ч.1 ст.111–1 КК, охоплюють однакові діяння, що є недопустимим з точки зору правозастосування;

3) під підтримкою дій/рішень слід розуміти лише підтримку-схвалення і тоді будь-яка підтримка-сприяння повністю охоплюється співпрацею з агресором, як окремим різновидом *subsequent crime*.

Загалом будь-який варіант інтерпретації з означених трьох передбачає кваліфікацію відповідних публічних закликів особи за ч.1 ст.111–1 КК, проте останній видається більш вдалим.

Таким чином, зважаючи на те, що законодавець передбачив як окрему альтернативну форму публічні заклики до співпраці з агресором, підтримка-сприяння (допомога), яка за суттю є співпрацею в тій чи іншій її формі, не охоплюється підтримкою дій агресора. Остання включає в себе тільки підтримку-схвалення, тобто такі інформаційні дії, що полягають у висловленні схвалення чи позитивного ставлення, вияву симпатії до агресії чи пов'язаних з агресією дій агресора, виступі на захист або на боці агресора. Суб'єкт може закликати до схвалення як держави-агресора та її дій загалом (напр., заклик ставитися позитивно до застосування збройних сил державою-агресором чи вважати ці дії законними), так і до схвалення тих чи інших дій її окремих представників, а також як до схвалення дій у найбільш загальному вигляді, так і до схвалення цілком конкретних дій.

Підтримка рішень агресора (з тих же самих підстав – лише підтримка-схвалення) – це інформаційна дія, яка демонструє позитивне (схвальне) ставлення фізичної чи юридичної особи до рішень відповідних суб'єктів. Під рішенням слід розуміти не лише ті чи інші нормативно-правові або інші формалізовані акти агресора, але й обрання певного варіанту поведінки, виконання, здійснення чогось. Підтримка рішень – це з одного боку окремих випадок підтримки дій, адже прийняття певного рішення, доведення його до відома адресатів і його реалізація є сукупністю певних дій. З другого боку – рішення агресора з соціально-політичної (змістовної) точки зору може полягати не лише в діях, а й у бездіяльності. Прикладом рішення-бездіяльності може бути невиконання агресором вказівок Генеральної Асамблеї чи Ради Безпеки ООН, Міжнародного Суду ООН, невиконання домовленостей щодо безпеки гуманітарних коридорів або інше невчинення дій, що впливають із домовленостей з Україною (суб'єкт таким чином може закликати підтримати рішення агресора про невчинення відповідних дій).

Дії та рішення агресора можуть бути різними, однак це не будь-які дії чи рішення. Вони повинні бути релевантними до безпосереднього об'єкта цього кримінального правопорушення, тобто заподіювати шкоду охоронюваному цією статтею відносинам або створювати реальну небезпеку її заподіяння. Публічні заклики до позитивних або нейтральних (не релевантних) стосовно цього об'єкта дій та рішень агресора не можуть вважатися колабораційної діяльністю. Не можуть, наприклад, кваліфікуватися за цією статтею публічні заклики до схвалення рішення агресора щодо виведення військ з території України чи проведення переговорів, за умови якщо такі рішення не спрямовані на ігнорування національних інтересів України.

II. Співпраця з агресором – це спільна діяльність (дії чи бездіяльність), співробітництво з агресором. У власному значенні співпраця – це взаємодія з агресором, яка передбачає двосторонній зв'язок (як об'єктивний, так і суб'єктивний), однак у широкому значенні це може бути і одностороння співпраця. У такому (широкому) розумінні співпраця є тотожною підтримці-сприянню і полягає у створенні відповідних сприятливих умов для здійснення агресором його дій, спрямованих на досягнення цілей агресії (повалення чи зміна конституційного ладу України, захоплення влади, захоплення та окупація чи анексія території, утримання окупованих територій). Співпраця (сприяння) може полягати в наданні різноманітних форм допомоги – інформаційної (напр., збір і надання певної інформації, забезпечення ворожої пропаганди), фінансової (напр., перерахування коштів на відповідні банківські рахунки, надання національної чи іноземної валюти), матеріальної (надання приміщень, транспортних засобів) чи іншої (приховування слідів

певної діяльності агресора, подолання супротиву мирного населення тощо). Співпраця може бути як двосторонньою, так і односторонньою (без домовленості з агресором, за власною ініціативою), як активною (напр., надання інформації чи зброї), так і пасивною, тобто бездіяльністю (напр., незабезпечення певними ресурсами військових формувань України, здійснюване відповідальними за це особами тощо).

Суб'єкт може публічно закликати як до сприяння державі-агресору і її діям загалом (напр., до скасування санкцій проти держави-агресора), так і до сприяння її окремим представникам (напр., звільнити шлях окремим ворожим підрозділам або надати допомогу окремим посадовим особам чи військовим), а також як до сприяння у найбільш загальному вигляді (напр., до всебічного сприяння як такого), так і до цілком конкретних дій (напр., надати конкретні відомості). Співпраця, до якої схиляється адресат, має бути релевантною до безпосереднього об'єкта цього кримінального правопорушення.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 3 березня 2022 року № 2108-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#n12>.

2. Рубашенко М. А. Публічні заклики до кримінальних правопорушень в Україні та деяких європейських країнах. Вісник Асоціації кримінального права України, 2021, № 1(15). С. 53. URL: <http://vakp.nlu.edu.ua/issue/view/14327>.

*Погребняк С. П.,
д.ю.н., професор,
професор кафедри теорії
і філософії права
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ПОДОЛАННЯ КОЛІЗІЙ ЗАКОНІВ, ЩО ВИЗНАЧАЮТЬ ПІДСЛІДНІСТЬ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ЗА СТ. 111–1 КК «КОЛАБОРАЦІЙНА ДІЯЛЬНІСТЬ»

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 03.03.2022 р. № 2108-IX (далі – *Закон № 2108-IX*) були внесені зміни до КПК України. Зокрема, абзац перший частини другої ст. 216 КПК після цифр «111» був доповнений цифрами «111¹». Це означає, що на

підставі цього Закону слідчі органів безпеки отримали повноваження здійснювати досудове розслідування кримінального правопорушення за ст. 111¹ КК «Колабораційна діяльність». Закон №2108 набрав чинності з дня його опублікування – а саме з 15.03.2022 р.

Водночас Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції» від 03.03.2022 р. №2110-IX (далі – *Закон №2110-IX*) були також внесені зміни до ст. 216 КПК. Відповідно до них абзац перший частини другої ст. 216 КПК був викладений в новій редакції: «Слідчі органи безпеки здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень, передбачених статтями 109, 110, 110², 111, 112, 113, 114, 114¹, 201, 201¹, 258–258⁵, 265¹, 305, 328, 329, 330, 332¹, 332², 333, 334, 359, 422, 435¹, 436, 436², 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 446, 447 Кримінального кодексу України». Це означає, що цей Закон позбавив слідчих органів безпеки повноважень здійснювати досудове розслідування кримінального правопорушення за ст. 111¹ КК «Колабораційна діяльність». Закон №2110-IX набрав чинності з дня, наступного за днем його опублікування, – а саме з 16.03.2022 р.

У зв'язку з цим на практиці виникало питання, який Закон має пріоритет – 2108-IX або 2110-IX? Іншими словами, до чієї підслідності з 16.03.2022 р. належить досудове розслідування таких кримінальних правопорушень, як колабораційна діяльність, – слідчих органів служби безпеки чи слідчих органів Національної поліції.

Відомо, що згідно з правовою позицією КСУ конкретна сфера суспільних відносин не може бути водночас врегульована однопредметними нормативно-правовими актами однакової сили, які за змістом суперечать один одному (абзац п'ятий пункту 3 мотивувальної частини Рішення КСУ від 3 жовтня 1997 року №4-зп). У такій ситуації діє загальне правило: *наступний закон скасовує дію попереднього* (*lex posterior derogat priori*). Тому в разі неузгодженості застосуванню підлягає норма, прийнята пізніше.

Це правило ґрунтується на презумпції розумності (раціональності) законодавця, який при прийнятті нового закону виходив з того, що на цей час відбулися суспільні зміни, які вимагають іншого правового регулювання, ніж те, що передбачено старим законом. Крім того, перевага наступного закону над попереднім зумовлена здоровим глуздом: немає жодного сенсу приймати новий закон, якщо у разі суперечності між ними перевагу буде мати старий закон.

Якщо підходити до цієї ситуації з точки зору класичної теорії права, то слід віддати перевагу Закону №2110-IX як такому, що прийнятий пізніше.

По-перше, Закон №2110-ІХ хоча і прийнятий в один день із Законом №2108-ІХ, але має більший порядковий номер, тобто є наступним щодо попереднього (№2108-ІХ). І на момент голосування за Закон №2110-ІХ (3 березня о 13–43) народні депутати як розумні законодавці знали, що цього дня (о 13–42, тобто хвилину тому) вони вже голосували за зміну ст. 216 КПК. Проголосувавши за викладення норми про підслідність СБУ в новій редакції, вони фактично скасували зміни, передбачені Законом №2108-ІХ.

По-друге, Закон №2110-ІХ набрав чинності на день пізніше, ніж Закон №2108-ІХ (відповідно 16.03.2022 і 15.03.2022).

Але не все так однозначно в цій ситуації.

Слід звернути увагу на той факт, що законопроект, який став Законом №2110-ІХ (проект від 18.02.2021 р. №5102), був зареєстрований в парламенті раніше, ніж законопроект, який став Законом №2108-ІХ (проект від 24.02.2021 р. №5144). Як видається, узгоджувати проекти протягом року в частині підслідності ніхто не став, а при прийнятті на пленарному засіданні в один день з різницею в одну хвилину – ніхто не встиг. Тому в Законі №2110-ІХ, який приймався на основі більш раннього проекту №5102, не має посилання на ст. 111–1 КК. У свою чергу ст. 111–1 КК є в Законі №2108-ІХ, що приймався на основі більш пізнього проекту №5144.

Крім того, залишається неясним питання, які важливі суспільні зміни відбулися 03.03.2022 р. за одну хвилину між голосуваннями за ці Закони, які вимагали впровадження іншого підходу до правового регулювання і утворювали ідейне підґрунтя (виправдання) для застосування загального темпорального колізійного правила?

Отже, можна дійти висновку, що така ситуація із визначенням підслідності за ст. 111–1 КК – радше не питання свідомого рішення законодавця, а результат його недбалості. Тому не можна бути до кінця впевненим, що застосування до неї класичного колізійного правила буде не лише законним, але й доцільним рішенням.

В подальшому – 24.03.2022 р. – Верховна Рада проголосувала за законопроект №7186 від 21.03.2022 р. і прийняла Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» від 24.03.2022 р. №2152-ІХ (далі – *Закон №2152-ІХ*). Зокрема, цей акт передбачав доповнення частини другої ст. 216 КПК після цифр «111–1» цифрами «111–2».

Тому можна припустити, що станом на 24.03.2022 р. під час голосування Верховна Рада вважала, що частина друга ст. 216 КПК містила як підслідчу СБУ ст. 111–1 КК «Колабораційна діяльність» і додала до підсліднос-

ті СБУ також ст. 111–2 «Пособництво державі-агресору». Тобто нова редакція абзацу першого частини другої ст. 216 КПК (викладена в Законі №2110-IX) мала застосовуватися з урахуванням доповнень щодо ст. 111–1 КК, внесених Законом №2108-IX. Проте, як було з'ясовано вище, ст.111–1 КК «Колабораційна діяльність» з 16.03.2022 р. (дати набрання чинності Законом №2110-IX) припинила належати до підслідності СБУ.

05.04.2022 р. Президент повернув Закон №2152–IX до Верховної Ради зі своїми пропозиціями для повторного розгляду. При цьому Президент зазначив, що «Законом з метою надання слідчим органів безпеки права розслідувати злочини, передбачені статтею 111–2 Кримінального кодексу України, пропонується частину другу статті 216 Кримінального процесуального кодексу України після цифр 111–1 доповнити цифрами 111–2 (підпункт 3 пункту 2 розділу I Закону).

Водночас чинна редакція частини другої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України цифр 111–1 не містить».

Таким чином, зауваження Президента свідчать про те, що він вважав, що в частині визначення підслідності СБУ Закон №2110-IX має перевагу над Законом №2108-IX.

14.04.2022 р. о 16–51 Верховна Рада прийняла Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» (далі – *Закон №2198-IX*), в якому в частині підслідності СБУ врахувала зауваження Президента і доповнила частину другу ст. 216 КПК цифрами «111²» після цифр «111», а не після цифр «111¹» (як пропонувалося проектом і було передбачено Законом №2152–IX). Закон №2198-IX набрав чинності 23.04.2022 р. – з дня, наступного за днем його опублікування (22.04.2022 р.).

Подібні дії Верховної Ради наштотують нас на думку, що парламент непрямо погодився з Президентом: Закон №2110-IX має перевагу над Законом №2108-IX і тому в частині другій ст. 216 КПК не має місця посиланню на ст. 111–1 КК. А значить, 23.04.2022 р. підтвердилося, що ст. 111–1 КК належить до підслідності Національної поліції, а не СБУ.

Але 14.04.2022 р. о 16–53 (тобто через 2 хвилини від попереднього рішення) Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану» від 14.04.2022 р. №2201-IX (далі – *Закон №2201-IX*) абзац перший частини другої ст. 216 КПК після цифр «111» був доповнений цифрами «111¹». Це повернуло розслідування колабораційних злочинів до підслідності СБУ. Закон №2201-IX набрав чинності

01.05.2022 р. – з дня, наступного за днем його опублікування (30.04.2022 р.). Тобто з 01.05.2022 р. ст. 111–1 КК очевидно знаходиться у підслідності СБУ.

Водночас залишається відкритим питання, хто з 16.03.2022 р. до 01.05.2022 р. був уповноважений здійснювати досудове розслідування у провадженнях за ст. 111–1 КК?

Якщо брати до уваги загальну теорію права, то – слідчі органів Національної поліції. Хоча виходячи з принципу доцільності в організації досудового розслідування з урахуванням специфіки відповідних кримінальних проваджень таке рішення не виглядає слухним. На практиці більшість розслідувань за цією статтею КК дійсно розпочиналась слідчими органів Національної поліції. Але дані ЄРДР свідчать про те, що ці правопорушення подекуди розслідувались також слідчими ДБР і СБУ.

На підставі вищевикладеного можна запропонувати загальний теоретичний висновок: з урахуванням вітчизняної специфіки законотворчості, при подоланні темпоральних колізій презумпція розумності (раціональності) законодавця, ймовірно, має діяти в модифікованій версії – як презумпція розумності (раціональності) законодавця з поправкою на можливу його неухважність.

Омарова К. Ч.,
*курсантка першого курсу факультету № 1
Криворізького навчально-наукового
інституту
Донецького Державного університету
внутрішніх справ*

Гранкіна В. І.,
*викладач кафедри
організації досудового розслідування
факультету № 1
Криворізького навчально-наукового
інституту
Донецького Державного університету
внутрішніх справ*

ДИВЕРСІЯ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

24 лютого 2022 року Російська Федерація почала повномасштабне військове вторгнення в Україну. Російські війська завдають авіаударів за клю-

човими об'єктами військової та цивільної інфраструктури. Обстріли житлових районів ведуться з використанням артилерії, реактивних систем залпового вогню та балістичних ракет. Росія заперечує, що веде проти України загарбницьку війну на її території та називає це «спеціальною операцією».

Правоохоронними органами України кожного дня реєструються факти агресії та воєнні злочини, проти статевої свободи та недоторканності, а також злочини проти національної безпеки. Одним із таких злочинів є диверсія (ст. 113 КК України). Під диверсією слід розуміти навмисні підірвні дії проти економічних або військових об'єктів для досягнення певних (часто політичних) цілей, або з метою ослаблення держави в цілому [1, с. 1024]. За статистичними даними Офісу генерального прокурора України станом на травень поточного року зареєстровано 65 випадків вчинення диверсії [2].

Згідно ст. 113 КК України диверсією є вчинення з метою ослаблення держави вибухів, підпалів або інших дій, спрямованих на масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю, на зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, а також вчинення з тією самою метою дій, спрямованих на радіоактивне забруднення, масове отруєння, поширення епідемій, епізоотій чи епіфітотій [3, с.221]. Відповідно до статті 194 КК України, під *підпалом* розуміють умисне знищення або пошкодження чужого майна, що заподіяло шкоду у великих розмірах. Згідно із статтею 273 КК України, *вибухом*, у контексті диверсії вважають порушення правил безпеки у вибухонебезпечних цехах особою, яка зобов'язана їх дотримувати, якщо воно створило загрозу загибелі людей чи настання інших тяжких наслідків або заподіяло шкоду здоров'ю потерпілого. Також варто розкрити поняття *масового знищення людей*, під яким розуміють позбавлення життя багатьох людей (конкретна їх кількість визначається зважаючи на обставини справи). Може бути як декілька тисяч осіб, скупчених у одному місці під час, наприклад, демонстрації, так і декілька десятків осіб, які перебувають, приміром, у будинку посольства, в міському транспорті, дитячому садку, лікарні, іншому громадському місці [1, с.254].

Аналізуючи склад зазначеного злочину варто відмітити, що об'єктом диверсії є національна безпека в економічній, екологічній чи воєнній сферах відповідно до спрямованості конкретного акту диверсії. З проаналізованих спеціальних досліджень, присвячених відповідальності за вчинення диверсії, лише О. О. Климчук розмежовує поняття об'єктів, що мають важливе народногосподарське й оборонне значення. До перших автор відносить будівлі, споруди, інші об'єкти, від діяльності яких залежить життєдіяльність

певних регіонів чи інших великих територій, належне функціонування певних галузей економіки, структур державного управління. До других – будівлі, споруди, інші об'єкти, знищення чи пошкодження яких негативно впливає на стан боєготовності та боєздатності Збройних Сил України або інших військових формувань. При цьому під предметом складу цього злочину вчений розуміє об'єкти матеріального світу (у тому числі інформацію), незалежно від форми власності, що мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, шляхом знищення яких винний намагається спричинити шкоду економічній або військовій безпеці держави [4, с.35–40]. Слід зазначити, що відповідно Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України в умовах дії режиму воєнного стану», законодавцем криміналізовано вищезазначені діяння за ознакою вчинення в умовах воєнного стану та складає п'ятнадцять років або довічне позбавлення волі, з конфіскацією майна [5.].

Як ми зазначали вище, на теперішній час, з моменту початку війни з Російською Федерацією зареєстровано 65 випадків вчинення диверсії, однак ми впевнені, що таких злочинців є більше. Це пов'язано з проблематикою документування вчинених злочинів на окупованих територіях. На жаль, під час воєнного стану відсутня можливість перегляду вироків за вчинення диверсії, але наведемо одне із таких рішень, про яке зазначалось у засобах масової інформації. Так, жителя Одещини визнано винним у державній зраді та закінченому замаху на диверсію (ч. 1 ст. 111, ч. 2 ст. 15 ст. 113 КК України). Вироком Гоцанського районного суду чоловіка засуджено до 13 років ув'язнення з конфіскацією майна. В ході судового розгляду прокурор довів, що чоловік у травні 2020 року з власної ініціативи встановив контакт та вийшов на зв'язок з особою, яка представилась працівником ФСБ країни-агресора. Пізніше він, на виконання завдання цієї особи, збирав і передавав детальну інформацію про один з військових об'єктів на території Одеської області. Крім того, засуджений у вересні 2020 року за завданням свого куратора шляхом дистанційного підриву намагався знищити один з об'єктів критичної інфраструктури «Рівнеоблводоканалу». На місці злочину його затримали співробітники Управління СБУ в Рівненській області [6]. Як бачимо суд призначив доволі жорстке покарання за закінчений замах на вчинення диверсії, з чого ми можемо зробити висновок про те, що диверсія є одним із таких злочинів, вчинення яких загрожує людству.

Вважаємо правильною позицію законодавця про збільшення санкції за вчинення диверсії, оскільки висока межа покарання та загроза бути позбав-

леним власного майна на користь держави, має стати гарним превентивним заходом, особливо під час війни.

Список використаних джерел:

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України заред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 11-те вид., переобл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2019. 1384 с.
2. Злочини вчинені в період повномасштабного вторгнення Російської Федерації. Офіс Генерального прокурора України. URL: <https://www.gp.gov.ua/> (дата звернення: 13.05.2022).
3. Кримінальний кодекс України. За заг. ред. Паливода А. В., 2021. 285 с.
4. Климчук О. О. Кримінальна відповідальність за диверсію по законодавству України, 2003. 269 с.
5. Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України в умовах дії режиму воєнного стану», Київ. 03.03.2022 р. №2113-IX. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2113-20#Text> (дата звернення: 13.05.2022)
6. На Рівненщині диверсанта засуджено до 13 років позбавлення волі. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/na-rivnenshhini-diversanta-zasudzeno-do-13-rokiv-pozbavlennya-voli> (дата звернення: 13.05.2022)

*Мовчан Р. О.,
д.ю.н., професор,
професор кафедри конституційного,
міжнародного і кримінального права
Донецького національного університету
імені Василя Стуса*

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА НОВЕЛА ПРО ПОШИРЕННЯ ВІЙСЬКОВО ЗНАЧУЩОЇ ІНФОРМАЦІЇ (СТ. 114–2 КК УКРАЇНИ): ЩО ВАРТО ВРАХОВУВАТИ ГРОМАДЯНАМ ТА ПРАВозАСТОСОВЦЯМ І ЩО НЕ ВРАХУВАВ ЗАКОНОДАВЕЦЬ

Реагуючи на перманентні та небажані під час війни факти несанкціонованого поширення різноманітної інформації, яку я для зручності надалі позначатиму як «військово значущу», 24 березня 2022 р. вітчизняні парламентарії ухвалили Закон України №2160-IX (далі – Закон від 24 березня

2022 р.), головним результатом чого стало доповнення Кримінального кодексу України (далі – КК) новою ст. 114–2, якою передбачається кримінальна відповідальність якраз таки за згадані вище суспільно небезпечні діяння. А вже 1 квітня 2022 р. законодавцем було прийнято Закон № 2178-IX, яким було внесено деякі зміни до прийнятої тижнем раніше аналізованої кримінально-правової новели.

То ж у цьому дослідженні я хотів би:

– по-перше, викласти власне бачення щодо тих дискусійних положень аналізованого Закону, опанування яких здатне викликати найбільші складнощі як у пересічних громадян, так і у правозастосовців. Ці рекомендації будуть розміщені в рубриці «Що слід врахувати громадянам та правозастосовцям»;

– по-друге, виявити та висловити пропозиції щодо усунення притаманних цьому Закону вад, наявність яких може негативно позначитися на результативності відповідних кримінально-правових заборон. Ці питання будуть розглянуті в межах іншої умовної рубрики – «Що не врахував законодавець».

Розпочинаючи висвітлення того, *що слід врахувати громадянам та правозастосовцям*, насамперед хотілося б звернути увагу, що кримінально караним за ст. 114–2 КК визнається:

1) виключно «**поширення**» згаданої інформації. Відповідно, інкримінування цієї норми виключається у разі вчинення інших несанкціонованих дій із такою інформацією: її збирання, зберігання, відмінних від поширення форм використання тощо.

Тому, всупереч деяким коментарям та повідомленням у ЗМІ, за ст. 114–2 КК не можуть каратися, скажімо, здійснювані без мети подальшого поширення несанкціоновані фото- та відеозйомка руху або розташування ЗСУ, переміщення зброї, бойових припасів, зокрема і наданих в якості іноземної військової допомоги, тощо. Водночас необхідно пам'ятати – за певних умов відповідальність за згадані дії може наставати за іншими нормами КК;

2) **будь-яке, а не лише публічне**, поширення відповідної інформації, тобто повідомлення такої інформації невизначеному числу осіб (хоча б одній людині) незалежно від способу таких дій (усно, письмово, друкованим способом, за допомогою комп'ютерної мережі, оголошення в публічному виступі на зборах, мітингу, засіданні тощо, у творі, що публічно демонструється тощо).

З буквального тлумачення цих приписів випливає, що вчинене з будь-якою метою, навіть непублічне передання відповідної інформації, скажімо, родичам, знайомим тощо формально вже є достатньою підставою для ква-

ліфікації таких дій ст. 114–2 КК. Однак очевидно, що в таких випадках у нагоді може стати норма про малозначність (ч. 2 ст. 11 КК);

3) поширення **лише тієї інформації, вичерпний перелік якої наведено у ч. 1 та ч. 2 розглядуваної кримінально-правової заборони**. А це означає (чи виправдано – питання спірне), що за ст. 114–2 КК не може кваліфікуватися поширення деякої іншої стратегічно важливої інформації, яке може бути шкідливим з військової точки зору. Йдеться, наприклад, про поширення відомостей про:

- місця (локації, координати) влучання ракет або артилерії ворога, на неприпустимість якого неодноразово вказував Генеральний штаб ЗСУ;
- місця розташування ворожої армії (незаконних збройних формувань), збитих ворожих літаків чи ракет, яке може допомогти ворогу ідентифікувати місця розташування об'єктів вітчизняної ППО та ПРО;
- маршрути евакуації та скупчення цивільних осіб тощо;
- місця ремонту військової техніки, причому:
 - а) як у межах території України;
 - б) так і за кордоном;
- маршрути, обсяги та місця зберігання нафтопродуктів, стратегічне значення яких в сучасних умовах важко переоцінити, на чому, до речі, спеціально акцентувала свою увагу РНБО тощо.

4) **не лише**, так би мовити, «первинне», а й «вторинне» поширення інформації. Тобто, до кримінальної відповідальності може бути притягнута не лише особа, яка власноруч, скажімо, проводила фото-, відеозйомку відповідних об'єктів (збирання відомостей), а потім поширювала цю інформацію, а й особа, яка, наприклад, здійснила репост (перепост) вже опублікованої інформації у Facebook, відповідний ретвіт тощо. Це ж саме стосується і дій суб'єкта, який, не будучи жодним чином причетним до збору, потім здійснив «первинне» поширення зібраної кимось іншим та ще не опублікованої інформації, яка вказується у ст. 114–2 КК.

На жаль, крім вже відмічених вище окремих спірних аспектів, на які, так би мовити, варто «просто звернути особливу увагу», при доповненні КК ст. 114–2 вітчизняним парламентаріям не вдалося уникнути і декількох інших, цього разу вже більш відвертих прорахунків, наявність яких може стати (а інколи і вже стає) на заваді досягнення мети розглядуваної законодавчої ініціативи і котрі я спробую висвітлити у межах другої рубрики під назвою «*Що не врахував законодавець*».

Передусім сказане знову стосується переліку тієї інформації, несанкціоноване поширення якої має каратися за ст. 114–2 КК. Зокрема, у диспозиції

ч. 1 аналізованої кримінально-правової новели такою визнається інформація про направлення та переміщення в Україну (у тому числі переміщення її території) трьох різновидів предметів:

- 1) зброї;
- 2) озброєння;
- 3) бойових припасів.

Зокрема, у контексті потенційного правозастосування головним моїм зауваженням є те, що навіть одночасне та не виправдане згадування про «зброю» та «озброєння» (як і вказівка на бойові припаси) не дозволяє охопити всі ті предмети, одні з яких вже надаються нашій державі, а надання інших можливе (принаймні на це хочеться сподіватися) в перспективі. Поясню свою позицію.

Відповідно до розд. I ЗВДТ «озброєнням» необхідно вважати – озброєння стрілецьке та артилерійське, системи (комплекси) ракетні і ракетно-космічні, керовані (некеровані) ракети та їх складові частини, комплекси (установки) для їх запуску та складові одиниці до них, засоби керування зброєю (вогнем), системи дистанційного керування ракетами, обладнання для транспортування і обслуговування ракет, апарати торпедні та бомбомети для глибинних бомб.

Із офіційних джерел відомо, що деякі із цих складових (стрілецьке озброєння, керовані ракети тощо) вже були отримані Україною.

Водночас не являється таємницею і те, що на сучасному етапі війни з рф наша держава не менше, а напевно – навіть більше потребує і тому наразі найчастіше звертається до іноземних партнерів із закликами про виділення літаків, гелікоптерів, безпілотників, танків, бойових машин, бронетранспортерів, технічних засобів захисту апаратури, апаратури для розвідки тощо.

Наприклад, лише нещодавно з'явилась інформація: 1) спочатку лише про наміри США допомогти Україні отримати танки Т-72 радянського виробництва, а вже згодом – про фактичне отримання Україною цієї техніки (зокрема, з Польщі та Чехії); 2) про прагнення Австралії, Великобританії, Данії, Нідерландів та Словенії передати нашій державі бронетехніку, включаючи транспортер Bushmaster; 3) а також, звичайно, про надання нового пакету військової допомоги з боку США на суму 800 млн дол., який, серед іншого, включає і сотні одиниць бронетехніки та навіть 11 гелікоптерів.

Очевидно, що поширення інформації про переміщення згаданих товарів, зокрема і території України, є вкрай небажаним, а з точки зору кримінального права – просто надзвичайно суспільно небезпечним, адже може при-

звести до відповідної реакції ворога на постачання цієї техніки, яке (постачання) може істотно вплинути на перебіг війни.

І ось тут ми зіштовхуємось із головною проблемою – ні танки, ні бронемашини, ні бронетранспортери, ні гелікоптери, ні жоден з інших названих вище товарів, які Україна вже отримала або лише бажає отримати (літаки, безпілотники, технічні засоби захисту апаратури, апаратура для розвідки тощо), **не охоплюються** вказаним у ст. 114–2 КК поняттям «озброєння», адже не входять до жодної із тих складових, які перераховані у відповідному і наведеному раніше нормативному визначенні. А це означає, що, як це не парадоксально, але несанкціоноване поширення відповідної інформації про ці предмети не може кваліфікуватися за ст. 114–2 КК.

Натомість згідно із все тим же ЗВДТ всі ці предмети відносяться до іншого, вказаного поруч, а тому відмінного від озброєння, різновиду товарів військового призначення – **військової (або ж військової та спеціальної) техніки**, якою, що важливо у контексті затребуваних Україною товарів, визнаються літаки та гелікоптери бойові, апарати літальні безпілотні, складові одиниці літальних апаратів; бойові кораблі та катери; машини бойові колісні, машини військові спеціальні колісні, машини бойові гусеничні, спеціальне приладдя озброєння бойової колісно-гусеничної техніки; технічні засоби захисту апаратури, ліній і каналів зв'язку та їх складові одиниці, техніка протидії радіоелектронним засобам виявлення цілей тощо.

На нетотожність досліджуваних понять вказує і наявне у ЗВДТ визначення «бойового та чисельного складу», до якого включено штатну за списком і наявну (фактичну) кількість:

- 1) особового складу;
- 2) озброєння;
- 3) військової техніки.

Крім згаданих положень ЗВДТ, той факт, що поняття «**бойова техніка**» та «**спеціальна техніка**» не є складовими поняття, а тому **не можуть вважатися «озброєнням»**, підтверджують і положення низки інших нормативно-правових актів, зокрема: Законів України «Про правовий режим майна у Збройних Силах України», «Про основи національного супротиву», «Про Національну гвардію України», «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію»; Стратегію воєнної безпеки України (затв. Указом Президента України № 121/2021), а також виданий і затверджений наказом МОУ Військовий довідник 01.300.002.

Врешті-решт справедливість зроблених висновків підтверджується і за допомогою звернення до деяких норм чинного кримінального законодавства

(звісно, ст. 114–2 КК тут до уваги не береться). Зокрема, якщо ми проаналізуємо положення ст. 412 КК «Необережне знищення або пошкодження військового майна», то побачимо, що серед перерахованих у диспозиції ч. 1 цієї заборони предметів знову ж таки міститься окрема вказівка, з одного боку, на зброю та бойові припаси, а з іншого – на засоби пересування, військову і спеціальну техніку.

При цьому хотів би підкреслити, що відповідно до ЗВДТ озброєння, боєприпаси, військова та спеціальна техніка визнаються **виробами військового призначення**, які є лише **одним із** перерахованих у ЗВДТ **різновидів** більш широкого поняття – **товарів військового призначення**, котрими також являються:

- технології військового призначення;
- технічна допомога;
- базові технології тощо.

Зважаючи на викладені аргументи, я дійшов висновку, що відповідні приписи ст. 114–2 КК мають зазнати якнайшвидшого корегування, результатом якого має стати вказівка в її ч. 1:

- або ж (перший варіант) не лише на інформацію щодо «озброєння (зброю) та бойових припасів», а й на «військову та спеціальну техніку»;
- або ж (другий варіант, який мені імпонує більше), якщо законодавець, як і автор цих рядків, визнає за доцільне – на єдине загальне (більш широке за змістом) поняття «товари військового призначення» або ж, принаймні, «вироби військового призначення».

Продовжуючи відповідний аналіз, слід відмітити, що несанкціоноване поширення інформації, про яку йдеться у ст. 114–2 КК, визнається кримінально протиправним лише тоді, коли воно «вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану».

Водночас я звернув увагу на те, що в деяких інших нормах, розташованих все у тому ж розділі I Особливої частини КК, настання або посилення відповідальності за передбачені ними прояви пов'язується з відмінними юридичними фактами, зокрема із вчиненням діянь:

- лише «в умовах воєнного стану» (ч. 2 ст. 111 КК);
- «в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту» (ч. 2 ст. 113 КК);
- «в особливий період» (ст. 114–1 КК).

У зв'язку із продемонстрованою розбіжністю в мене з'являються численні питання, зокрема про те:

– чому відповідальність, скажімо, за несанкціоноване поширення військово значущої інформації посилюється лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану і водночас не посилюється в особливий період, а відповідальність за перешкоджання законній діяльності ЗСУ та інших військових формувань – навпаки?

– чи є підстави вважати, що випадки державної зради, вчинені в 2014–2015 рр. в умовах анексії АРК та фактично триваючої, але без уведення воєнного стану, війни на Донбасі, були бодай на відсоток менш небезпечнішими за аналогічні прояви, вчинені в 2022 р. вже при уведеному воєнному стані?

Як на мене, ступінь суспільної безпеки кожного із описаних у статтях 111, 113, 114–1 та 114–2 КК діянь значно посилюється при їхньому вчиненні як в умовах воєнного стану, так і в період збройного конфлікту, особливого періоду (хоча однією із підстав його настання є саме введення воєнного стану) чи надзвичайного стану, а тому у всіх згаданих складах кожна з цих ознак мала б визнаватися або ж криміноутворюючою (мова йде про статті 114–1 та 114–2 КК), або ж кваліфікуючою (статті 111 та 113 КК).

Насамкінець хотів би розглянути питання доцільності вказівки у ч. 3 ст. 114–2 КК на таку кваліфікуючу ознаку, як вчинення відповідних дій «з метою надання такої інформації державі, що здійснює збройну агресію проти України, чи незаконним збройним формуванням», щодо якої у первинній редакції досліджуваної заборони не було жодних застережень відносно співвідношення цих дій з іншими складами кримінальних правопорушень.

Однак справа в тому, що якщо ми уважно проаналізуємо зміст цих посягань – поширення відповідної інформації із метою надання державі, що здійснює збройну агресію проти України (незаконним збройним формуванням) – то побачимо, що абсолютна більшість таких проявів насправді є нічим іншим, як державною зрадою (ст. 111 КК) або шпигунством (ст. 114 КК), адже:

– згаданим у ст. 111 КК наданням іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України: *по-перше*, може бути визнана будь-яка діяльність, яка створює загрозу національній безпеці України, що, безумовно, має місце і у випадку передання ворогу (рф) відповідної інформації; *по-друге*, що надважливо з точки зору кваліфікації аналізованих діянь, охоплюються не лише випадки, коли особа діє за завданням іноземної держави, а й дії, **вчинювані за власною ініціативою**, без відповідного завдання, наприклад, через свою стійку антиукраїнську (проросійську) позицію;

– відповідно вже до згаданого вище ЗВДТ державною таємницею визнаються відомості, наприклад, про дислокацію військових частин у період дії воєнного часу та особливого періоду (п. 1.4.3) та всі показники про найменування, кількість озброєння, вартість, терміни (строки) постачання, які укладаються для потреб військових формувань при їх функціонуванні в умовах правового режиму воєнного стану або особливого періоду (п. 1.4.14) – тобто певні різновиди інформації, про які йдеться у ст. 111–2 КК.

Як бачимо, існування досліджуваної кримінально-правової новели в її початковій редакції створювало передумови для небажаної конкуренції, яка мала б долатися на користь саме спеціальної норми – тобто ч. 3 ст. 114–2 КК, санкцією якої передбачено покарання у виді **позбавлення волі на строк від 8 до 12 років**, тоді як санкцією ч. 2 ст. 111 КК (якщо відповідні дії вчинені громадянином України) – **позбавлення волі на строк 15 років або довічне позбавлення волі, з конфіскацією майна**. Тому виходило, що замість очікуваного посилення результатом ухвалення закону від 24 березня 2022 р. стало істотне послаблення (у відповідній частині) відповідальності за згадані діяння.

Вочевидь, що саме наявність цього факту і спонукала парламентаріїв ухвалити вже згаданий раніше Закон від 1 квітня 2022 р., одним із наслідків прийняття якого стало доповнення ч. 3 ст. 114–2 КК спеціальним застереженням відносно того, що за цією нормою відповідні діяння можуть кваліфікуватися лише тоді, коли вони не містять ознак державної зради або шпигунства.

І слід визнати, що наявність відповідного уточнення значною мірою усуває підґрунтя для потенційної небажаної конкуренції, про яку йшлося в попередніх абзацах.

Однак, навіть з урахуванням згаданого нормативного редагування, вказівка у ч. 3 ст. 114–2 КК на розглядувану кваліфікуючу ознаку все рівно виглядає не безспірною. Поясню свою позицію.

Вважаю, що призначенням ст. 114–2 КК є кримінально-правова протидія проявам, які не мають на меті заподіяти шкоду національній безпеці України, та попри це, все рівно її заподіюють внаслідок, так би мовити, безвідповідальності особи, її неусвідомлення суспільної небезпеки аналізованих діянь, вчинюваних в умовах воєнного стану.

Власне, до такого висновку спонукає і текст пояснювальної записки до відповідного законопроекту, в якій автори останнього пишуть саме про **необдумані** дії громадян України, які небезпечно здійснюють допомогу ворогу шляхом розповсюдження інформації про направлення, переміщення міжнародної військової допомоги в Україну, а також інформації про переміщення,

рух або розташування ЗСУ чи інших військових формувань України. Як бачимо, фактично йдеться про так зване «**неусвідомлене** пособництво» державі-агресору, проявам якого і покликана запобігати розглядувана заборона.

Водночас укотре нагадаю, що в ч. 3 ст. 114–2 КК вказується на дії, вчинені «з **метою**» надання відповідної інформації державі-агресору, її представникам та іншим незаконним збройним формуванням. Тобто тут ми маємо справу із тим, що суб'єкт діє свідомо та цілеспрямовано, через, наприклад, свої згадані вище проросійські погляди. Зважаючи на це, висловлю гіпотезу, що вчинені в умовах воєнного стану такі дії мають розцінюватися не інакше, як допомога в проведенні підривної діяльності проти України, яка, залежно від суб'єкта, мала б отримувати кримінально-правову оцінку не за ч. 3 ст. 114–2 КК з її відносно ліберальними покараннями, а з посиланням на інші норми, санкції яких більш адекватно відображають ступінь суспільної небезпеки таких посягань:

– якщо відповідне поширення з указаною метою (щоб вона стала відома військовим рф) здійснює громадянин України, то такі діяння, навіть якщо вони скоєні без отримання завдання (за власною ініціативою) і здійснюються публічно (скажімо, через соціальні мережі), мають кваліфікуватися за ч. 2 ст. 111 КК;

– аналогічні ж дії (які не підпадають під ознаки злочину, передбаченого ст. 114 КК «Шпигунство») іноземця чи особи без громадянства у більшості випадків «безболісно» могли б бути кваліфіковані за статтями 110, 113, або ж як пособництво у веденні агресивної війни (ч. 2 ст. 437 КК) тощо.

Будяченко О. М.,

к.ю.н., доцент,

*доцент кафедри кримінального права
та кримінології Одеського державного
університету внутрішніх справ*

ЩОДО НАПРЯМІВ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОТИ ДІЙ НЕСАНКЦІОНОВАНОМУ ПОШИРЕННЮ ІНФОРМАЦІЇ ПРО ЗАСОБИ ВІДСІЧІ ЗБРОЙНОЇ АГРЕСІЇ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ

Запровадження в Україні воєнного стану обумовило введення певних обмежень, зазнало обмежень і право на свободу інформації. Так, Законом Укра-

їни від 24 березня 2022 року №2160-IX «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації та направлення переміщеної зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану», Кримінальний кодекс України (далі – КК України) доповнено статтею 114–2, яка передбачає відповідальність за поширення інформації про направлення та переміщення міжнародної військової допомоги в Україну, інформації про переміщення, рух та розташування Збройних Сил України чи інших військових формувань (далі – відповідна інформація) [1].

Враховуючи реалії сьогодення та важливість забезпечення національної безпеки нашої країни, збереження територіальної цінності, таке нововведення є об'єктивно необхідним та своєчасним. Загальновідомим є те, що запорукою ефективної реалізації будь-якої правової норми, є її досконалість. Втім, кваліфікація протиправного діяння за статтею 114–2 КК України може ускладнюватися багатьма обставинами, серед яких кваліфікаційні ознаки цього діяння. Наведене вказує на актуальність заявленої теми дослідження.

Метою цього дослідження є обґрунтування напрямів вдосконалення правового забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про засоби відсічі збройної агресії Російської Федерації.

Так, однією із кваліфікаційних ознак діяння, передбаченого ст. 114–2 КК України є не розміщення (не поширення) відповідної інформації у відкритому доступі Генеральним штабом Збройних Сил України, Міністерством оборони України, Головним управлінням розвідки Міністерства оборони України чи Службою безпеки України або в офіційних джерелах країн-партнерів. Така редакція статті викликає питання щодо порядку встановлення органами досудового розслідування факту розміщення відповідної інформації в офіційних джерелах країн-партнерів. Допускаємо, що після виявлення факту несанкціонованого поширення відповідної інформації органи досудового розслідування мають встановити факт відсутності або наявності відповідної інформації в офіційних джерелах країн-партнерів. Враховуючи складність роботи органів досудового розслідування в умовах воєнного стану, а також існування великої кількості офіційних джерел країн-партнерів, які містять інформацію на різних мовах, встановлення окресленого факту вбачається непростою задачею і може стати перепоною у притягненні винних до відповідальності за скоєння злочину, передбаченого ст. 114–2 КК України. При цьому, презумпція невинуватості дозволяє особі, яка є підозрюваною або якій пред'явлено обвинувачення за ст. 114–2 КК України не надавати

доказів поширення відповідної інформації в офіційних джерелах країн-партнерів. Отже, нагальним є уточнення переліку офіційних джерел країн-партнерів, які можуть містити відповідну інформацію.

Більш того, не варто виключати випадки поширення неправдивої інформації про переміщення, рух та розташування Збройних Сил України чи інших військових формувань із метою введення в оману ворогу. Отже, органам досудового розслідування, окрім іншого, варто забезпечувати належними й допустими доказами дійсність інформації, яка була несанкціоновано поширена.

Наступний дискусійний аспект реалізації ст. 114–2 КК України обумовлений способом вчинення порушення, зокрема, поширення відповідної інформації. На наш погляд, таке поширення може відбуватися шляхом розміщення інформації у відкритих джерелах (пресі, соціальних мережах, радіо, телебачення, мережа Інтернет), викладення у заявах та листах певним особам, озвучення у виступах тощо. Втім, доказування факту вчинення такої дії може бути ускладнене ідентифікацією особи, яка поширила її у відкритих джерелах. Наприклад, у мережі Facebook не завжди відбувається підтвердження автентичності особи на підставі офіційних документів, не сприяє цьому і можливість придбання в Україні стартового пакета оператора мобільного зв'язку без пред'явлення паспорту тощо. Вбачається нагальною потреба у розробці заходів щодо забезпечення належної ідентифікації осіб у соціальних мережах.

Поряд із тим, на переконання фахівців Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України, статтею 114–2 КК України запровадження відповідальності як за первинне, так і вторинне розповсюдження інформації є надмірною криміналізацією; суб'єктом відповідальності може бути лише особа, яка розповсюдила цю інформацію вперше [2]. Вважаємо таке зауваження зайвим, адже у диспозиції статті йдеться саме про поширення, а не відкриття такої інформації невизначеному колу осіб. Більш того, саме неодноразове розміщення, або в інший спосіб доведення такої інформації до інших осіб становить найбільшу небезпеку для територіальної цілісності, інформаційної безпеки України та життя її громадян.

Окремої уваги вимагає і питання відмежування злочину, передбаченого ст. 114–2 КК України від інших кримінально каранних діянь. Найбільш дискусійним є відмежування від злочину, який передбачений ст. 328 КК України «Розголошення державної таємниці». Так, відповідно до Розділу II Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, який затверджено наказом Центрального управління Служби безпеки України від 23 грудня 2020 року № 383, до відомостей, що складають державну таємницю належить інфор-

мація про організаційно-штатну структуру, чисельність особового складу військових частин (установ) України, дислокацію, систему охорони, оборони, в особливий період (на воєнний час) [3]. Більш того, умисна передача такої інформації іноземній державі, іноземним організаціям або їх представникам може кваліфікуватися за ст. 111 КК України «Державна зрада» або за ст. 114 КК України «Шпигунство».

Про тотожність цих складів злочинів свідчить і зміст ч. 3 ст. 114–2 КК України, якою передбачена відповідальність за вчинення дії щодо поширення відповідної інформації, якщо вони спричинили тяжкі наслідки та не містять ознак державної зради або шпигунства. Міркування щодо того, які саме ознаки в цьому разі мають вирішальне значення, варто звернути увагу на наявність спеціального суб'єкта злочину, який передбачений ст. 328 КК України, а саме, особа, якій відомості, що містять державну таємницю, були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків.

На наше переконання, такий підхід є цілком зрозумілим, за винятком передбаченими цими статтями санкції. Зокрема, ч. 3 ст. 114–2 КК України за поширення інформації, що спричинило тяжкі наслідки, за відсутності ознак державної зради або шпигунства передбачена відповідальність у вигляді позбавлення волі на строк від 8 до 12 років, а за розголошення інформації, що становить державну таємницю, якщо воно спричинило тяжкі наслідки, карається позбавленням волі на строк від 2 до 5 років. Вважаємо не конструктивним запровадження до загального суб'єкта відповідальності більш жорсткої санкції ніж до спеціального суб'єкта.

Враховуючи вищевикладене, важливими напрямками вдосконалення правового забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про засоби відсічі збройної агресії Російської Федерації є такі: 1) уточнення переліку офіційних джерел країн-партнерів, які можуть містити відповідну інформацію; 2) усунення чинників, які можуть призвести до ускладнення ідентифікації осіб у мережі Інтернет, особливо у соціальних мережах; 3) конкретизація суб'єкту злочину, який передбачений ст. 114–2 КК України, що може бути забезпечено недопущенням включення до його складу осіб, якій відомості, що містять державну таємницю, були довірені або стали відомі у зв'язку з виконанням службових обов'язків.

Вдосконалення правового забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про засоби відсічі збройної агресії Російської Федерації з урахування запропонованих напрямів здатне значно підвищити дієвість практичної реалізації відповідальності за скоєння злочину, який передбачений ст. 114–2 КК України.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації та направлення переміщеної зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану: Закон України від 24 березня 2022 року № 2160-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#Text> (дата звернення: 19.05.2022).

2. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації та направлення переміщеної зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану». URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39273> (дата звернення: 19.05.2022).

3. Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю: наказ Центрального управління Служби безпеки України від 23 грудня 2020 року № 383. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text> (дата звернення: 19.05.2022).

Навроцький В. О.,
д.ю.н., професор,
професор кафедри теорії права та прав
людини
Українського католицького
університету,
член Робочої групи з питань розвитку
кримінального права
Комісії з питань правової реформи при
Президентові України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ НАЯВНОСТІ/ ВІДСУТНОСТІ «ВІДМІТНОГО ЗНАКУ» У ОСОБОВОГО СКЛАДУ ЗБРОЙНИХ СИЛ

Вже перші фото та відео з місць бойових дій, зокрема вбитих та полонених учасників збройної агресії проти України, дали підставу звернути

увагу на те, що на їх одязі немає знаків, які б вказували на приналежність до збройних сил певної держави – шевронів, нашивок, зображень державного герба тощо. Причому, це мало місце як у тих, хто вторгався в Україну в 2014 р., так і належних до вторгнення, активна фаза якого розпочалася 24 лютого 2022 р. Відсутність знаків приналежності до збройних сил РФ під час загарбання Криму стало одним із аргументів спроби заперечення участі цієї держави у окупації частини української території, що виразилося у відомому вислові її очільника: «Іхтамнет!» та узагальненій назві учасників вторгнення як «зелених чоловічків». Пізніше стало відомо, що використання військовослужбовців без знаків приналежності до збройних сил та військової техніки без розпізнавальних знаків є складовою концепції гібридної війни, що її пропагує та активно реалізує РФ. До речі, практика далеко не нова – приховуване використання своїх військовослужбовців характеризувало дії СРСР під час громадянської війни в Іспанії, корейської війни, війни у В'єтнамі, у десятках інших воєнних конфліктів...

Поява ж на території України озброєних людей без відповідних знаків та ведення ними бойових дій породило немало питань, зокрема і кримінально-правового характеру. Їх вирішення накладається на іншу проблему, пов'язану з тим, що здійснюючи збройну агресію проти України, РФ ні в 2014 р., ні в 2022 р. не виконала приписів III Конвенції про початок воєнних дій (Гаага, 18 жовтня 1907 р.), яку СРСР визнав такою, що має силу для нього відповідно до ноти МЗС СРСР від 7 березня 1955 р. Ця Конвенція (зобов'язання за якою накладається і на РФ, оскільки та безліч разів проголошувала себе правонаступником СРСР, відповідно, перейняла не лише, права, а й обов'язки), передбачає, що військові дії не повинні починатися без попереднього і неоднозначного попередження, яке буде мати або форму мотивованого оголошення війни або форму ультиматуму з умовним оголошенням війни (ст.1), а про стан війни мають бути без зволікання повідомлені нейтральні держави (ст.2).

Але, врешті-решт, проблеми, пов'язані з участю в нападі на Україну ворожих збройних сил без оголошення війни та без розпізнавальних знаків, зводяться до того, зводяться до того, чи слід відповідних осіб вважати військовослужбовцями неприязельської армії та чи вправі вони розраховувати на поведження з ними саме як з військовослужбовцями, як в ході бойових зіткнень, так і при їх потраплянні в полон.

Можливі принаймні два підходи до вирішення цієї проблеми, слідування кожному з яких веде до відповідних відповідей на часткові питання. Перший полягає в тому, що в силу очевидності факту протистояння України

збройним силам РФ усі, хто відноситься до її особового складу, мають визнаватися військовослужбовцями. Відтак, зіткнення з ними мають вестися з дотриманням законів та звичаїв ведення війни, самі ж військовослужбовці неприязельської армії, принаймні рядові, не підлягають кримінальній відповідальності за участь у війні, в бойових діях, якщо вони цих законів і звичаїв не порушують. Інший підхід полягає у констатації того, що учасники воєнної агресії проти України, які діють без належних «відмітних знаків», не можуть користуватися привілеями військовослужбовців, зокрема, претендувати на статус військовополонених, вчинені ними діяння мають оцінюватися на підставі положень КК України про загально кримінальні злочини, дії щодо заподіяння їм шкоди в ході нейтралізації та затримання мають оцінюватися на підставі положень КК про обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, відповідну оцінку мають отримати і дії військових командирів (начальників), які спонукають підлеглих до участі у вторгненні без знаків, які вказують на належність до збройних сил РФ.

Не зважаючи на очевидне теоретичне і практично-прикладне значення проблеми кримінально-правової оцінки участі в війні проти України військовослужбовців збройних сил РФ без «відмітних знаків», вона не отримала будь-якого висвітлення в літературі, не акцентується на ній і в правозастосувальній діяльності. Принаймні, автору не відомі публікації, присвячені цьому питанню. Опубліковані відеозаписи допитів захоплених військовослужбовців РФ не містять фрагментів з постановкою для них питань, які стосуються відсутності шевронів, нашивок, зображень державного прапора чи інших розпізнавальних знаків на одязі цих осіб. Певні обговорення в засобах масової інформації викликало хіба що питання про призначення літерних позначень «Z» «N» та їх подібних на військовій техніці – про те, що вони означають, але не про кримінально-правове значення наявності таких позначень та те, чи вони становлять собою визнані в праві «відмітні знаки». Тому доводиться констатувати, що стан дослідження поставленої проблеми в літературі – нульовий.

Вирішення по суті питання про кримінально-правову оцінку наявності або відсутності «відмітних знаків» військовослужбовців ворожих збройних сил має розпочинатися зі **з'ясування того, наскільки обов'язковими є такі знаки**. Відповідь на це питання є як національному законодавстві, так і в міжнародно-правових актах.

Насамперед, Закон України від 25 березня 1992 р. №2232-ХІІ «Про військовий обов'язок і військову службу» у ч.1 ст.7 передбачає, що для військовослужбовців устанавлюється військова форма одягу та знаки розріз-

нення, а в ч.4 цієї ж статті визначає, що таке знаки розрізнення військовослужбовців – це знаки (погони, нарукавні та нагрудні знаки, знаки на спину; знаки на головних уборах, зокрема кокарди, емблеми, орнаменти; гаптування; канти і лампаси; гудзики з символікою) на форменому одязі, призначені для позначення військових звань, посад, приналежності до держави, військового формування, виду Збройних Сил України, роду військ, служб, військових частин (підрозділів). Конкретизуючи положення закону, наказ Міністерства оборони України від 18 липня 2017 р. № 370 «Про затвердження Зразків військової форми одягу та загальних вимог до знаків розрізнення військовослужбовців та ліцеїстів військових ліцеїв» містить окремий розділ IV, встановлює вимоги до знаків розрізнення військовослужбовців та затверджує їх зразки. Інший наказ Міністерства оборони України – від 20 листопада 2017 р. № 606 «Про затвердження Правил носіння військової форми одягу та знаків розрізнення військовослужбовцями Збройних Сил України, Державної спеціальної служби транспорту та ліцеїстами військових ліцеїв» – насамперед визначає, що військову форму одягу носять у суворій відповідності з цими Правилами (ст.3). Вказані ж Правила детально регламентують носіння погонів, емблем та нарукавних і нагрудних знаків (розділ V). Варто підкреслити, що носіння польової (морської службової) форми одягу (розділ III Правил) у якій військовослужбовці ЗСУ ведуть бойові дії, не виключає, а, навпаки, передбачає використання знаків розрізнення, нарукавних знаків та ідентифікаторів національної належності, зокрема, зображень державного прапора України (причому, на обох руках), нарукавних знаків виду або роду ЗСУ, знаку військової частини. Під час виконання бойових завдань використання ідентифікаційних емблем, крім ідентифікаторів національної приналежності, забороняється.

Таким чином, можна констатувати, що уявити українського військовослужбовця без знаків, які вказують на його приналежність до збройних сил нашої держави, неможливо! Такі знаки, які носяться і в мирний час і в бою, обов'язкова ознака військовослужбовця України. У літературі справедливо відзначається певна надмірність таких ідентифікаційних знаків у військовослужбовців України – адже за ними ворог може встановити належність солдата та офіцера не лише до ЗСУ, а й до роду військ, конкретної військової частини, посаду, освіту, визначити основне озброєння військової частини тощо [<https://uk-ua.facebook.com/groups/1023337221030214/permalink/1393307974033135/>].

Наявність та обов'язковість знаків розрізнення повною мірою стосується і військовослужбовців іноземних держав. Саме за написами, емблемами,

зображеннями державного прапора будь-хто може ідентифікувати такого військовослужбовця як особу, що належить до збройних сил тієї чи іншої держави. Певно, відповідні приписи є і у законодавстві країни-агресора. Однак, своєрідні уявлення про військову честь і доблесть дозволяють військовослужбовцям РФ їх не виконувати, а знаки належності до збройних сил цієї держави не використовувати.

Положення національного законодавства згідно яких військовослужбовці повинні мати знаки, які вказують на їх приналежність до збройних сил певної держави, базуються на однозначних вимогах міжнародно-правових актів. Ще IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі (Гаага, 18 жовтня 1907 року) серед критеріїв визнання воюючою стороною, тобто такою, до якої застосовуються військові закони, права та обов'язки, називала такий, як те, що армія, ополчення, добровольчі загони «мають закріплену відмітну емблему, яка може бути впізнана на відстані» (п.2 ст.1). Аналогічне положення містить Женевська Конвенція про поводження з військовополоненими (Женева, 12 серпня 1949 року). У підпункті b) пункту 2 ст. 4А вказано, що військовополоненими є особи, які, зокрема, мають «постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані».

Щоправда, як у Гаазькій конвенції 1907 р., так і в Женевській конвенції 1949 р., про відповідну емблему чи знак йдеться щодо членів ополчення, добровольчого закону, організованих рухів опору, а не прямо щодо особового складу збройних сил сторони конфлікту. Але це аж ніяк не означає, що вимога наявності знаків приналежності до збройних сил певної держави не висувається щодо регулярних збройних сил чи їх частини. Адже наявність таких знаків, як показано вище на прикладі ЗСУ, іманентна властивість будь-яких збройних сил, які дотримуються законів та звичаїв ведення війни. Це підтверджується міжнародно-правовими та національними заборонами використання чужої військової форми та знаків національної належності, чужого прапора, знаків міжнародних гуманітарних організацій, непоширенням статусу військовополоненого на шпигунів та диверсантів, які діють без відмітних знаків. Тому писати, що відмітні знаки мають носити і військовослужбовці – це ламатися у відкриті двері, а заперечувати необхідність наявності таких знаків – своєрідний привілей дурнів та хамів на кшталт керівників РФ.

Наступне положення, на якому слід зупинитися, **що ж слід розуміти під аналізованими знаками, якими рисами вони мають бути наділені.** Як вже відзначалося, в збройних силах існує значна кількість знаків роз-

різненьня, які характеризують різні сторони службового статусу військовослужбовця. Очевидно, що в контексті участі в бойових діях, належності до певної сторони війни (збройного конфлікту) значення мають лише ті знаки, які вказують на належність до певної сторони – так звані ідентифікатори національної приналежності. Це зображення державного прапора або/та державного герба, таблички чи нарукавні нашивки з написом про належність до збройних сил певної держави. Отже, перша ознака відмітного знака – це його зміст, за яким можна ідентифікувати на якій стороні воює військовослужбовець.

Наступна ознака – цей знак має бути закріпленим (як про це каже Гаазька конвенція 1907 р.) або ж постійним (як це вказано в Женевській конвенції 1949 р.). Не зважаючи на деякі відмінності у термінології (які можна пояснити вадами викладу чи тонкощами перекладу) йдеться про одну й ту ж властивість знака, який має стале прикріплення до форменого одягу (пришитий, приклеєний, закріплений на заклепках тощо). Тобто, цей знак не можна легко зняти та приховати. Ним не може вважатися знак, що закріплений на «липучці», гудзиках й т.п. легкозйомним способом, який можна швидко приховати чи прикріпити.

І ще одна ознака аналізованого знака – він може бути розпізнаний на відстані. Це означає, що цей знак має бути достатньо чітким, зрозумілим, аж ніяк не мініатюрним.

Очевидно, такими ознаками не наділені кольорові стрічки на ногах чи руках військовослужбовців, літери латинського алфавіту та т.п. символи, які використовуються в ході українсько-російської війни 2022 р. Адже вони жодним чином не позначають національну приналежність до збройних сил держав – учасниць війни. До того ж – кольори стрічок змінюються, на різних ділянках фронту використовуються різні стрічки. Врешті-решт, у такому разі ч не зручніше і надійніше розрізнити своїх-чужих за фасоном та кольором взуття?

Нарешті, **яке ж кримінально-правове значення має наявність чи відсутність належних відмітних знаків на одязі чи бойовій техніці учасників війни?** Спочатку варто викласти кілька загальних тез, на яких буде базуватися вирішення поставленого питання.

Насамперед, однозначно, що відсутність відмітних знаків не повинно надавати будь-яких переваг (пільг, покращення становища) особі, яка повинна мати на собі такі знаки. Іншими словами, така особа не має розраховувати на те, що вона не буде визнана суб'єктом певних злочинів чи що її діяння будуть кваліфіковані за статтями про злочини, які будуть менш тяжкими

ніж такі, за які нестимуть відповідальність ті, хто мають на своєму однострої відповідні знаки. Положення, згідно якого порушення закону не повинно приносити жодної правової вигоди, є правовою аксіомою. Воно відомо ще з часів Давнього Риму, є абсолютно очевидним і однозначним, будь-якому додатковому доведенню не підлягає.

Також немає ніяких підстав з однакових засад підходити до оцінки діянь українських військовослужбовців, які знаки розрізнення (відмітні знаки) належно використовують та діянь ординців, які більш схожі на обірванців чи бродяг, ніж на осіб, належних до регулярної армії.

Крім того, слід мати на увазі, що наявність відмітних знаків жодним чином не передбачена як ознака будь-якого складу злочину чи кримінального проступку в чинному КК України. Відтак їх наявність чи відсутність не впливає на кримінальну відповідальність. Навіть наявність статусу військовослужбовця як суб'єкта військових кримінальних правопорушень (Розділ XIX Особливої частини КК України) визначається аж ніяк не за наявністю військової форми чи знаків розрізнення. До того ж, мова йде про учасників вторгнення ворога, які аж ніяк не належать до ЗСУ.

Нарешті, наявність відмітних знаків в міжнародно-правових актах виступає передумовою визнання військовослужбовцем таким, що сам дотримується законів та звичаїв ведення війни та, на засадах взаємності, розраховує, що й стосовно нього бойові дії будуть вестися з дотриманням встановлених норм. А ще, наявність відмітних знаків є своєрідною гарантією отримання статусу військовополоненого. Лише з огляду на дотримання законів та звичаїв ведення війни – одним із яких є ведення бойових дій відкрито, під власним прапором, з дотриманням умови про умови про наявність відмітних знаків тощо – рядові військовослужбовці можуть розраховувати на застосування щодо них звичаєвої норми про імунітет від кримінальної відповідальності за діяння, вчинені в ході бойових дій. Якщо ж солдати та офіцери армії агресора не вважають обов'язковим для себе дотримуватися вимоги про наявність відмітних знаків, то з якого дива до них ставитися як до військовослужбовців? Люди, нехай і в одностроях, але без відмітних знаків мають такий же статус, як і будь-які інші громадяни. Якщо вони ж вчинять діяння, які становлять злочини за законодавством держави, на теренах якої перебувають, то підлягають кримінальній відповідальності на загальних засадах.

У цьому зв'язку важливим видається і те, що **міжнародно-правовий звичай, згідно якого рядові військовослужбовці не підлягають кримінальній відповідальності за участь в бойових діях, має цілий ряд обмежень.**

По-перше, він стосується лише дій тих осіб, які самі дотримуються законів та звичаїв війни. Порушення законів та звичаїв ведення війни, яке передбачене як кримінальне правопорушення, не виключає кримінальної відповідальності як рядових солдатів та офіцерів, так і вищого військового керівництва.

По-друге, такий звичай стосується відносин, що впливають з міжнародного кримінального права. Немає жодних підстав поширювати його на сферу національного кримінального права. Принаймні, у кримінальному законі України відсутні будь-які положення, які б стосувалися того, що рядові військовослужбовці ворожої армії не підлягають кримінальній відповідальності за КК України. Тому міжнародні юрисдикційні органи, які застосовують положення міжнародного кримінального права можуть керуватися вказаним правовим звичаєм. Але чому на нього мають орієнтуватися правозастосовні органи та суди України?

По-третє, не існує правових підстав використання в кримінальному праві України звичаєвих міжнародно-правових норм. У Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. було проголошено, що наша держава визнає пріоритет загальноєвропейських норм міжнародного права над нормами внутрідержавного права. Однак, ця Декларація – це не юридичний акт, який означає прийняття правових зобов'язань, а політичний документ, своєрідна заява про наміри, які мали бути в майбутньому втілені в законодавчі акти. Закон України №1953-ХІ від 10 грудня 2001 р. (втратив силу) визначалося, що укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори становлять невід'ємну частину національного законодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Зараз відповідне положення міститься в ст.9 Конституції України, яка проголошує, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Жодного ж міжнародного договору, ратифікованого Україною, який би передбачав обов'язок нашої держави враховувати міжнародно-правові звичаї, зокрема і щодо не притягнення до кримінальної відповідальності рядових військовослужбовців ворожої армії, не відомо. У той же час, чи не єдиний закон, який регламентує використання в українському кримінальному праві міжнародно-правових актів – Закон України №3477-IV від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» – прямо передбачає, що українські суди як джерело права застосовують при розгляді справ Європейську конвенцію про захист прав лю-

дини і основоположних свобод і практику Європейського суду з прав людини (ст.17). Про застосування якихось інших норм, а надто звичаїв, у цьому Законі не йдеться.

По-четверте, усі кримінально-правові питання в Україні вирішуються лише на підставі положень КК України, що однозначно визначено в ч.3 ст.3 цього Кодексу. З наведеного там формулювання: «Кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом», – випливає, що і підстави незастосування положень КК України можуть бути передбачені виключно цим законом. Це підтверджується також нормою, закріпленою в ст.44 КК України, згідно якої підстави звільнення від кримінальної відповідальності вичерпно встановлені лише цим Кодексом. Серед таких підстав, як відомо, не передбачено застосування міжнародно-правових звичаїв.

По-п'яте, адепти непритягнення до кримінальної відповідальності рядових військовослужбовців ворожої армії посилаючись на вказаний міжнародно-правовий звичай, чомусь не вказують ні його джерело, ні наводять конкретних прикладів застосування цього звичаю. То, може він насправді і не існує? Принаймні, у такій формі, яка означає індульгенцію ворога на вчинення злочинів на території держави, щодо якої відбулася агресія. Адже підпункт d) пункту 1 статті 3 Женевської Конвенція про поводження з військовополоненими (Женева, 12 серпня 1949 року) забороняє щодо військовополонених лише «засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії визнанні цивілізованими народами як необхідні». Отже, йдеться не про заборону притягнення до кримінальної відповідальності військовополонених, а про дотримання щодо них належних процесуальних гарантій.

Наведене вище дає підставу для висновку, що наявність чи відсутність відмітних знаків у учасників вторгнення в Україну не є обставиною, яка має враховуватися при вирішенні питань про кримінальну відповідальність за діяння, вчинені в ході війни – не виключає кримінальну відповідальність та жодним чином не покращує кримінально-правове становище. Причому, це стосується як тих військовослужбовців, які мали на собі відмітні знаки, що вказують на належність до збройних сил держави-агресора, так і тих, хто таких знаків на своїх одностроях не мав. Отже, **кримінальній відповідальності за кримінальні правопорушення, вчинені в Україні, підлягають як ті військовослужбовці, які мають на собі відмітні знаки, так і ті, які таких знаків не мають.**

*Рябчинська О. П.,
д.ю.н., професор,
завідувачка кафедри кримінального
права, процесу та криміналістики
Класичного приватного університету*

ПРАВОВА ОЦІНКА ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЦИВІЛЬНОГО НАСЕЛЕННЯ НА ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ УКРАЇНИ

Цивільне населення України, як і будь-якої країни під час збройного конфлікту, перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права. Відповідно до ст. 4 Женевської Конвенції 1949 року про захист цивільного населення, особами, що перебувають під захистом цієї Конвенції (далі Женевська Конвенція), є ті, хто в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є.

Загальний захист населення від деяких наслідків війни стосуються всього населення країн, які перебувають у конфлікті, без будь-якої дискримінації за ознакою, зокрема, раси, національності, релігійних або політичних переконань, і спрямовані на полегшення страждань, спричинених війною, а особи, що перебувають під захистом, мають право за будь-яких обставин, на особисту повагу, повагу до своєї честі, права на сім'ю, їхніх релігійних переконань та обрядів, звичок та звичаїв. До них завжди слід ставитися гуманно й захищати їх, зокрема, від будь-якого акту насильства чи залякування, від образ та цікавості натовпу. Жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від звалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність (ст. 27 Р. І Ч. III Женевської Конвенції).

Вчинення комбатантами та прирівняними до них особами чи по відношенню до них цивільною особою під час збройного конфлікту масових і серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права, прав підзахисних осіб чи найважливіші принципи міжнародного гуманітарного права визнається воєнними злочинами. На сьогоднішній час виділяються наступні іманентні ознаки цих злочинів: дії, що складають об'єктивну сторону воєнних злочинів, вчиняються під час збройного конфлікту і є пов'язані з ним (в іншому випадку вони будуть являти собою загально кримінальні злочини) (контекстуальний елемент); вчинення дій, що вважаються серйозними порушеннями норм міжнародного гуманітарного права; такі дії як правило

вчиняються комбатантами або особами, які можуть віддавати їм накази; об'єктом посягання є особи, що знаходяться під захистом міжнародного гуманітарного права (чи їх права); ці злочини завжди вчиняються умисно або із грубої необережності [2, с.124].

Визначений Женевською Конвенцією статус осіб, які перебувають під захистом, передбачає певні правила поведінки з цивільним населенням під час збройного конфлікту. Визначальними (спільними) для всього цивільного населення є вимоги щодо поваги до прав і свобод й регламентації у зв'язку з цим заборони на такі їх грубі порушення як: вбивства, катування, тортури, насильство, залякування, колективні покарання, захоплення заручників, пограбування, викрадення людей, згвалтування та інші тяжкі злочини. Порушення цих заборон визнається фактично порушенням законів та звичаїв війни і є підставою притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності за національним та міжнародним правом.

Особливості порушення прав цивільного населення під час збройного конфлікту (війни) різняться все ж таки в залежності від режиму тієї чи іншої території держави: 1) території, що є тимчасово окупованими; 2) території, що знаходяться в оточенні (блокуванні); 3) території, на яких ведуться активні бойові дії.

Окупованою територією відповідно до ст. 42 Конвенції про закони і звичаї сухопутної війни (1907 р.) визнається територія, яка дійсно знаходиться при владі ворожої армії. Поняття та правовий статус тимчасово окупованої території України визначається в ст. 1, ст.1¹ та ст. 3 ЗУ «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» [3]. За цим Законом тимчасово окупована Російською Федерацією територія України (тимчасово окупована територія) – це частини території України, в межах яких збройні формування Російської Федерації та окупаційна адміністрація Російської Федерації встановили та здійснюють фактичний контроль або в межах яких збройні формування Російської Федерації встановили та здійснюють загальний контроль з метою встановлення окупаційної адміністрації Російської Федерації.

Особливості поведінки з особами, які перебувають під захистом і знаходяться на окупованій території, визначаються Розділом III Конвенції 1949 року і визначаються через заборони: примусового переміщення чи депортації громадян з окупованої території України на іншу територію; зміни громадянського статусу дитини (у випадку смерті батьків або їх зникнення); примушування цивільного населення до участі у збройних силах окупантів; примушування до виконання будь-якої роботи, яка може розгля-

датися як сприяння військовій діяльності окупантів (на заборонено залучати до громадських робіт з благоустрою території або забезпечення комунальних послуг тощо); знищення рухомого та нерухомого майна; зміни статусу посадових осіб чи суддів, вжиття до них примусу, якщо вони утримуються від виконання своїх обов'язків з «міркувань совісті» та інші дії, спрямовані на обмеження прав і свобод цивільного населення.

Вже на сьогодні на окупованих територіях, зокрема Півдня України, фіксуються такі порушення законів та звичаїв війни щодо цивільного населення як:

- вбивства та зґвалтування;
- примусова депортація громадян України (повідомляється про факт вивезення з території України більше 1,1 млн. осіб, серед яких більше 200 тисяч дітей, у зв'язку з чим українська влада вважає, що повернення депортованих українців додому буде ще однією війною за Україну);
- викрадення людей (зокрема мерів, їх заступників, селищних голів, активістів, волонтерів, священників та інших);
- пограбування населення (житла, помешкань, транспортних засобів, особливо варто відмітити масові випадки пограбування фермерських господарств, сільськогосподарських підприємств України (яким заповдіюються мільйонні збитки). Набирають обертів знищення агропромислової інфраструктури, пограбування та вивезення продуктів харчування й майна сільськогосподарського призначення, посівного матеріалу, зерна в Крим та РФ, що може негативним чином позначатися на продовольчій безпеці України і є порушенням основних принципів гарантування продовольчої безпеки та подолання голоду Продовольчої та сільськогосподарської організації ООН (ФАО);
- примусова мобілізація громадян України для військових дій проти власної країни – через брак людських ресурсів окупанти намагаються долучити до війни місцевих жителів тимчасово захоплених територій;
- тероризування населення та тотальне залякування, примушування до співпраці під погрозою розправи з близькими та рідними та ін.

Вбивства цивільного населення, обстріли мирних міст та критичної інфраструктури армією країни-агресора зі зброї, забороненої міжнародним гуманітарним правом, катування та жорстоке поводження з нашими захисниками – військовополоненими, примусова депортація цивільного населення – все це визнається військовими злочинами та злочинами проти людяності та грубим порушенням норм чотирьох Женевських конвенцій 1949 року і повинно бути враховано при притягненні винних осіб до відповідальності

в міжнародних судах. Всі випадки порушення норм міжнародного гуманітарного права мають отримати належну правову оцінку, а особи, які їх чинили, притягнуті до юридичної відповідальності за національним законодавством.

З початку воєнних дій в Україні за даними Офісу Генерального прокурора станом на кінець квітня зафіксовано 8957 випадків відкриття кримінального провадження за ст. 438 КК – порушення законів та звичаїв війни, ст. 438 КК (вручено повідомлення про підозру лише 18 особам). Стаття передбачає кримінальну відповідальність за жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, 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, а також віддання наказу про вчинення таких дій.

Щодо правової оцінки конкретних форм порушення законів та звичаїв війни, що вчинюються по відношенню до цивільного населення на окупованих територіях, про які йшлося вище, варто зазначити, що розпочата законотворча робота в напрямку вдосконалення редакції ст. 438 КК має бути продовжена, оскільки чинна редакція статті не в повній мірі відповідає запитам слідчої та судової практики саме через використання узагальнюючих юридичних конструкцій на кшталт «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».

Йдеться про законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» реєстр. № 2689 від 27.12.2019 р. Вказаним законопроектом передбачалась нова редакція стаття 438 «Воєнні злочини стосовно особи», в частині першій якої передбачалась відповідальність умисне вчинення у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом: 1) прямого або непрямого переміщення частини цивільного населення держави-окупанта на окуповану територію, а так само непрямого переміщення всього чи частини населення окупованої території як у межах цієї території, так і за її межі; 2) примушування військовополоненого чи іншої особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, до служби у збройних силах протилежної сторони конфлікту; 3) примушування громадян протилежної сторони конфлікту до участі у військових діях проти їх власної країни, навіть

якщо вони перебували на службі у збройних силах такої протилежної сторони до початку збройного конфлікту; 4) необгрунтованої затримки репатріації військовополоненого чи іншої особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, після закінчення бойових дій [4].

В частині другій встановлювалася відповідальність за умисне вчинення (заподіяння) у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом чи збройним конфліктом неміжнародного характеру стосовно особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права: 1) депортації населення, тобто примусового і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) однієї чи кількох осіб з місцевості, на території якої вони законно перебували, на територію іншої держави; 2) насильницького переміщення населення, тобто примусового і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) однієї чи кількох осіб з місцевості, на території якої вони законно перебували, в іншу місцевість у межах однієї й тієї самої держави; 3) вербування або залучення особи, яка не досягла п'ятнадцяти років, до складу збройних сил чи інших державних військових формувань, або інших, окрім державних, формувань (груп), що беруть участь у збройному конфлікті, а так само використання такої особи для участі у бойових діях; 4) позбавлення особи, що перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, права на справедливе та належне судочинство; 5) діяння, що посягає на людську гідність; 6) захоплення або тримання особи як заручника; 7) незаконного позбавлення волі; 8) зґвалтування, сексуальної експлуатації, примусової вагітності, примусової стерилізації або будь-яких інших форм сексуального насильства; 9) катування або іншого нелюдського поводження, у тому числі незаконного проведення будь-якого роду дослідів над людиною, застосування до неї незаконних методів лікування, незаконного вилучення у неї анатомічних матеріалів з метою їх трансплантації або крові з метою донорства; 10) заподіяння середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження; 11) поранення особи.

Вказаний законопроект в цілому отримав схвалення від Комітету Верховної Ради України з питань інтеграції України з Європейським Союзом, натомість були висловлені слушні зауваження Головним науково-експертним управлінням ВР. Видається, що доопрацювання цього законопроекту на часі.

Наразі актуалізується питання визнання дій РФ на території України геноцидом українського народу на міжнародному рівні. Парламенти окремих європейських та інших країн визнають злочини російських військових в Україні геноцидом, згадуючи умисні вбивства цивільних, наругу над їхніми тілами, примусову депортацію українських дітей до Росії, тортури та зґвалтування.

Утім зазначені вище воєнні злочини мають, крім політичної оцінки отримати й правову. Міжнародна конвенція «Про запобігання та покарання злочину геноциду» від 9 липня 1948, виділила п'ять маркерів, за якими дії щодо цивільного населення можуть в сукупності трактуватися як геноцид: убивство членів групи; завдання серйозної тілесної або психічної шкоди членам групи; умисне створення групі життєвих умов, розрахованих на її фізичне знищення у цілому або частково; застосування дій, спрямованих на попередження народжуваності в групі; примусове переміщення дітей однієї групи в іншу. Подібне визначення геноциду покладено в основу ст. 442 КК України (Геноцид).

Отже в контексті визначення геноциду в міжнародному праві окремо гадується така його форма як примусове переміщення дітей однієї групи в іншу. Стосовно примусового переміщення (депортації) дорослих осіб окремо мова не йде. Вітчизняні вчені розглядають насильницьку депортацію осіб як одну з складових створення для певної групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, що є однією з форм геноциду за міжнародним правом [5, с. 885]. Таким чином депортація українців з окупованих територій визнається й одним з видів порушення законів та звичаїв війни, й складовою такої окремої форми геноциду як створення для певної групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення.

Цілком прогнозованими, з досвіду окупації Криму, кроками на окупованих територіях України з метою забезпечення режиму окупації, «легітимізації» влади РФ вже є і можуть набирати обертів в подальшому такі злочинні дії щодо цивільного населення як: переслідування населення за політичні погляди, позбавлення права на справедливий суд, позбавлення інших основоположних прав та свобод людини, а також політика заміщення українського населення російським, спроба поширення російських законів на окуповані території, у тому числі вимога до власників майна здійснити переєстрацію належного їм нерухомого майна за законодавством РФ та інші порушення міжнародного гуманітарного права, які мають отримати і політичну і юридичну оцінку.

Список використаних джерел:

1. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор», 2018.
2. Репецький В. М., Лисик В. М. Поняття та ознаки воєнних злочинів. *Альманах міжнародного права*. 2009. Вип.1. С.121–125.

3. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закон України 15 квітня 2014 року № 1207-VII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2014, № 26, ст.892 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>

4. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» Проект Закону України реєстр. № 2689 від 27.12.2019 р., URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804

5. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2014. 944 с.

Хавронюк М. І.

д.ю.н., професор,

професор кафедри кримінального

та кримінального процесуального права

Національного університету «Києво-

Могілянська академія»

член Робочої групи з питань розвитку

кримінального права

Комісії з питань правової реформи при

Президентів України

ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ, ЯКИХ УТРИМУЄ УКРАЇНА

1. Перш ніж говорити про кримінальну відповідальність військовополонених, яких утримує Україна, слід визначитися, хто ними може, а хто не може бути в контексті збройного конфлікту між РФ та Україною.

Також доречно згадати, що станом на 5 травня 2022 р., за даними Офісу Генерального прокурора, зареєстровано злочинів:

– посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110 КК України) – 3059;

– порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України) – 9532;

– ведення агресивної війни (ст. 437 КК України) – 49 (при цьому у «магістральній справі щодо агресії РФ» 622 підозрюваних, у т.ч. всі депутати держдуми РФ, міністри, військові начальники, пропагандисти тощо) [1].

На початку збройної агресії РФ органи досудового розслідування та прокурори, забувши про імунітет комбатантів, активно реєстрували крими-

нальні провадження щодо них і за порушення порядку перетинання державного кордону України (статті 332, 332–1, 332–2), і за терористичний акт (ст. 258 КК України) тощо.

2. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими (ст. 4А) [2], а також Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) (статті 43, 44) [3], відносять до комбатантів, тобто тих, хто має право брати безпосередню участь в воєнних діях, та до військовополонених тих осіб, які належать, зокрема до:

- 1) особового складу збройних сил сторони конфлікту;
- 2) членів організованих рухів опору, що відповідають таким умовам:
 - а) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;
 - б) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані;
 - в) вони носять зброю відкрито;
 - г) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни;
- 3) членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує.

3. До першої з цих категорій у цьому збройному конфлікті можна віднести особовий склад:

- регулярних збройних сил РФ;
- інших збройних формувань РФ: прикордонних військ, внутрішніх військ («росгвардії»), федеральної служби безпеки, служби зовнішньої розвідки, органів державної охорони, рятувальних військових формувань цивільної оборони, військової прокуратури, військових слідчих органів слідчого комітету, федерального органу забезпечення мобілізаційної підготовки, спеціальних формувань, військових навчальних закладів тощо (див. ст. 2 закону РФ «Про військовий обов'язок і військову службу» в редакції від 13 грудня 2021 р.).

До другої категорії можна віднести громадян РФ – представників приватних військових кампаній (ПВК). З одного боку, належність їх до організованих рухів опору можна ставити під сумнів, якщо вони ігнорують закони та звичаї війни, дотримання яких є обов'язковою умовою віднесення до комбатантів. З іншого, у п. 2 ст. 44 Протоколу I вказано: хоча всі комбатанти зобов'язані дотримуватися норм міжнародного права, що застосовується в період збройних конфліктів, порушення цих норм не позбавляють комбатанта його права вважатися комбатантом і, якщо він потрапляє до влади протилежної сторони, – вважатися військовополоненим (за деякими винят-

ками, наприклад, у випадку, коли комбатант під час участі у нападі маскується під цивільне населення).

До третьої з названих вище категорій можна віднести військовослужбовців збройних сил так званих «ДНР» і «ЛНР».

4. Військовополонені усіх трьох названих категорій, які вчинили:

1) воєнні злочини – мають нести відповідальність за ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв ведення війни». В Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України (розділ 8) [4] наведено великий перелік серйозних порушень норм МГП, які є воєнними злочинами;

2) мародерство – так само за ст. 438 КК України (адже вони, виходячи зі ст. 401 КК України, не є суб'єктами злочину, передбаченого ст. 432 КК «Мародерство»);

3) збройні напади на промислові чи інші об'єкти, пошкодження яких може спричинити екологічну катастрофу (обстріл сховищ радіоактивних відходів, споруд ГЕС, АЕС тощо) – за ст. 438 та ст. 441 КК України «Екоцид».

5. Щодо військовополонених, які не вчинили воєнних злочинів, кримінальна відповідальність не настає. Такі особи відповідно до положень міжнародного гуманітарного права підлягають поміщенню у відповідні табори для військовополонених і, з огляду на імунітет комбатанта, не несуть індивідуальної відповідальності ні за незаконне поводження зі зброєю, боєприпасами та вибуховими речовинами, ні за участь у збройних нападах, ні за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України, ні за незаконне перетинання державного кордону України.

Україна, ратифікувавши та імплементувавши відповідні міжнародні договори, визнала зазначений імунітет, зокрема і щодо військовополонених, які визнаються однією з категорій жертв збройного конфлікту і до них заборонено застосовувати репресалії у відповідь на правопорушення [4].

Так само не можна кваліфікувати дії військовополонених, включно з командирами, за ст. 437 КК України «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни», оскільки відповідно до ст. 8bis Статуту міжнародного кримінального суду за цією статтею несуть відповідальність лише представники вищого військово-політичного керівництва держави-агресора. Те саме стосується і ст. 442 КК України «Геноцид». Ці питання мають вирішуватися у Міжнародному кримінальному суді чи спеціальному трибуналі з відповідними механізмами подолання імунітету найвищого керівництва держави.

6. Військовослужбовці збройних сил так званих «ДНР» і «ЛНР», які є громадянами України, за перехід на бік ворога в період збройного конфлік-

ту повинні нести відповідальність за ст. 111 КК України «Державна зрада», а за добровільну участь в незаконному збройному формуванні, створеному на тимчасово окупованій території, або в збройному формуванні держави-агресора – за ч. 7 ст. 111–1 КК України. Наявність статусу військовополоненого не виключає можливість притягнення зазначених осіб до кримінальної відповідальності за ці діяння.

При цьому громадянином України слід вважати особу, яка набула громадянство України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України, і громадянство якої не було припинено відповідно до законодавства України (датою припинення громадянства України є дата видання відповідного Указу Президента України; відсутність такого Указу є свідченням перебування відповідної особи в громадянстві України). Наявність подвійного громадянства в Україні не визнається.

7. На статус військовополоненого, згідно із Протоколом I (статті 46 і 47), не можуть претендувати шпигуни та найманці.

Слід мати на увазі, що Кримінальний кодекс України (КК України) містить дещо інше визначення поняття «найманець», ніж те, що передбачено Протоколом I. Тому при вирішенні питання щодо належності чи неналежності особи до військовополоненого слід керуватися Протоколом I. Саме виходячи з нього не можуть бути визнані найманцями, зокрема, особи, які:

- є громадянами РФ чи України;
- хоча і не є громадянами РФ чи України, але постійно проживають на території однієї з цих держав;
- беруть участь у військових діях, не керуючись бажанням отримати матеріальну винагороду, або винагорода, яку вони отримують, істотно не перевищує винагороду, обіцяну або виплачувану комбатантам такого ж рангу та функцій, що входять до особового складу збройних сил РФ.

Отже, найманцями можуть бути визнані, наприклад, громадяни Сирії чи Лівану, які беруть участь у збройному конфлікті на боці РФ, керуючись бажанням отримати відносно велику, порівняно з контрактниками збройних сил РФ, матеріальну винагороду. У цьому випадку вони повинні нести відповідальність за ст. 447 КК України.

8. Що ж до шпигунів, то, як впливає із Протоколу I, до них не належить особа зі складу збройних сил РФ, яка від імені РФ збирає або намагається збирати інформацію на території, контрольованій Україною, і, діючи таким чином, носить формений одяг збройних сил РФ.

Така особа (розвідник) не втрачає свого права на статус військовополоненого.

Шпигун же, у т.ч. особа зі складу збройних сил РФ, яка збирає або намагається збирати інформацію на території, контрольованій Україною, і, діючи таким чином, не носить формений одяг збройних сил РФ, не визнається військовополоненим і несе відповідальність за ст. 114 КК України «Шпигунство».

9. Як впливає з пунктів 2, 3 і 4 ст. 44, ст. 46 Протоколу I, у випадку, коли комбатант під час участі у нападі маскується під цивільне населення або переодягається у військову форму Збройних Сил чи інших військових формувань України, тобто діє обманним шляхом (вчинює віроломство) з метою завдати шкоди супротивній українським збройним силам чи захищеним особам, позбавляється статусу комбатанта і у разі його захоплення не вважається військовополоненим і повинен нести кримінальну відповідальність за вчинений напад, наприклад, диверсію (ст. 113 КК України) або терористичний акт (ст. 258 КК України).

10. Стаття 45 Протоколу I «Захист осіб, які беруть участь у військових діях» визначає:

1) особа, яка бере участь у військових діях і потрапляє у владу протилежної сторони, за загальним правилом, вважається військовополоненим;

2) якщо особа, яка потрапила до влади протилежної сторони, підлягає суду цієї сторони за правопорушення, пов'язане з військовими діями, вона не затримується як військовополонений, але має право відстоювати своє право на статус військовополоненого перед судовим органом та на винесення рішення з цього питання. Проте, очевидно, що отримання нею такого статусу не виключає її відповідальність за правопорушення, за яке вона постала перед судом.

Список використаних джерел:

1. Злочини, вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ: <https://www.facebook.com/pgo.gov.ua>

2. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

3. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

4. Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України. Затв. наказом Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164.

*Триньова Я. О.,
д.ю.н., доцент,
професор кафедри кримінального,
кримінально-виконавчого права та
кримінології
Академії державної пенітенціарної
служби*

ПРО ДОТРИМАННЯ ПРАВ ВІЙСЬКОПОЛОНЕНИХ У СУЧАСНІЙ РОСІЙСЬКО-УКРАЇНСЬКІЙ ВІЙНІ

Збройна агресія Російської Федерації проти суверенної України, що розпочалась у 2014 році анексією українського Криму та намаганням захопити Донбас і південно-східну частину країни, актуалізувала проблему правового статусу військовополонених. Виникла потреба в точному визначенні самого поняття «військовополонений», а також його правового статусу та деяких похідних від нього правових явищ, зокрема «обмін військовополонених» тощо.

Відомо, що в національному законодавстві означені явища відображені недостатньо повно і точно. В таких випадках має спрацювати принцип примату міжнародного права над національним, тобто застосовуватись норма міжнародного публічного права. Але українська правнича дійсність демонструє інші підходи: за відсутності відповідного положення в національному законодавстві службові особи часто відмовляються задовольняти правомірні з точки зору міжнародного публічного права вимоги. Єдиним шляхом відшукування справедливості в таких випадках залишається судове оскарження зловмисної бездіяльності службової особи. Але й тоді на успіх справи можливо розраховувати лише за умови, що суддя дотримується вказаного вище принципу.

Зазначена бездіяльність службових осіб є не чим іншим, як зловживанням своїм службовим положенням адже саме через свою професійну нездатність, переважно засновану на відсутності професійної правової культури. Своєю необгрунтованою, незаконною відмовою службова особа спричиняє суттєву шкоду публічним та приватним інтересам: дестабілізує і без того перевантажену судову систему, спричиняє матеріальну і моральну шкоду, сприяє формуванню недовіри суспільства до державних та інших органів.

Але за наявного кримінально-правового визначення зловживання службовим становищем застосувати кримінальну відповідальність щодо таких

осіб неможливо. Доцільно повернутись до класичного законодавчого визначення зловживання службовим положенням, що побутувало в попередніх редакціях українських кримінальних кодексів.

Як не дивно, але законодавче закріплення правового статусу, соціальних гарантій військовополоненого в національній законодавчій системі, з'явилося лише в 2022 році (через 8 років від початку війни). До цього часу національне законодавство та міжнародне щодо військовополонених «розмовляли» різними мовами, що негативно відобразилось на дотриманні прав осіб, які захищали Україну і опинились у російському полоні. Відокремлення таких осіб від заручника і надання їм статусу військовополоненого повинно забезпечити їх комплексом прав та обов'язків, визначених міжнародними документами, зокрема III Женевською конвенцією 1949 року «Про поводження із військовополоненими» (далі – Конвенція або Женевська конвенція) і додатковими протоколами до неї.

Сьогодні в Україні діє комплекс нормативних актів в зазначеній сфері. 24.03.2022 був прийнятий Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими в особливий період». Також прийнято постанову КМУ № 413 від 05.04.2022 р. «Про затвердження Порядку тримання військовополонених». Не втратила своєї сили й Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, затверджена Наказом Міністерства оборони України № 164 від 23.03.2017. Зазначені акти більш-менш узгодили національне законодавство з міжнародним у частині статусу військовополонених.

Тим часом в Російській Федерації спостерігається протилежний процес. Указом Президента РФ від 16.10.2019 № 494 року денонсовано заяву про дотримання Протоколу 1 до Женевської конвенції. Цей протокол стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів. Зокрема, ним забороняється вчинення звірств, які російська воєнщина вчиняє сьогодні на тимчасово окупованих територіях України. Виникає риторичне запитання, чи не була відмова РФ від Протоколу, складовою готування до вчинення наявних військових злочинів та злочинів проти людяності й міжнародного правопорядку в Україні?

Проте слід відмітити, що РФ денонсувала лише Протокол № 1 до Женевської конвенції, а положення самої Конвенції поширюються і на РФ. Проте, зобов'язання, яких має дотримуватись ця країна-агресор у відношенні військовополонених, нею грубо ігноруються, про що повідомляють вітчизняні та зарубіжні ЗМІ.

Україна, як цивілізована держава, що ратифікувала зазначену вище Конвенцію та Протоколи до неї, дотримується їх положень і має продовжувати це навіть якщо РФ денонсує і саму Женевську конвенцію. На можливий подив та заперечення проти цього з боку читача, з огляду на вчинювані російськими окупантами звірства проти мирного населення України, зауважу, що відповідно до ст. 12 Конвенції військовополонені перебувають у руках ворожої держави, а не окремих осіб чи військових частин, які взяли їх у полон. Отже, держава, що тримає в полоні, відповідає за належне поводження з військовополоненими. Але, якщо у визначеному законом порядку буде встановлено, що військовослужбовець ворожої армії, взятий у полон, вчинив злочин, він втрачає статус військовополоненого і набуває статус особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. На нього не розповсюджуються положення Женевської конвенції.

У разі визнання особи військовополоненим, до неї має бути забезпечене належне, тобто в межах міжнародно-правових вимог, ставлення. З військовополоненими необхідно завжди поводитися гуманно. Будь-який незаконний акт чи бездіяльність з боку держави, що тримає в полоні, що спричиняють смерть або створюють серйозну загрозу здоров'ю військовополоненого, який перебуває під її охороною, забороняються та розглядаються як серйозне порушення цієї Конвенції.

Зокрема, жодного військовополоненого не можна піддавати фізичному каліченню або медичним чи науковим експериментам будь-якого характеру, які не обґрунтовані потребою в проведенні медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування військовополоненого та не здійснюються в його інтересах.

Так само військовополонені завжди повинні бути захищеними від актів фізичного насильства чи залякування, а також від образ та цікавості публіки. Застосування репресій до військовополонених забороняється. Військовополонені за всіх обставин мають право на повагу до їхньої честі та гідності. З жінками необхідно поводитися з усією повагою, зумовленою їхньою статтю, й у всіх випадках з ними необхідно поводитися так само прихильно, як і з чоловіками. Військовополонені повністю зберігають свою цивільну правоздатність, яку вони мали на момент узяття в полон. Держава, що тримає в полоні, не може обмежувати здійснення прав, які забезпечує така правоздатність, за винятком того, наскільки такого обмеження вимагають умови полону. Держава, що тримає в полоні, зобов'язана забезпечувати безоплатне утримання військовополонених, а також надавати їм безоплатну медичну допомогу, якої вимагає їхній стан здоров'я, тощо.

Слід зазначити, що Україна дотримується своїх зобов'язань за Женевською конвенцією. Разом з тим, статус сучасного військовополоненого у «гібридній» війні, нав'язаній росіянами Україні, потребує пояснень.

Міжнародне право виходить із презумпції, що військовополонений – не злочинець, відповідно він не є ув'язненим в юридичному сенсі цього слова. Це – солдат, який виконував свій обов'язок. Саме така теза складає підґрунтя гуманного ставлення до військовополоненого. Так, наприклад, в разі втечі військовополоненого з полону, він не може бути підданий покаранню за вчинення кримінального правопорушення за ст. 393 КК України «Втеча з місця позбавлення волі або з-під варти», адже він не ув'язненим у кримінально-процесуальному сенсі цього слова, хоча і знаходиться під вартою у таборі для військовополонених чи навіть утримується в установі виконання покарання. До нього може бути застосовано лише дисциплінарне стягнення.

В разі порушення солдатом звичаїв та правил ведення війни, вчинення ним загально кримінальних правопорушень, статус військовополоненого може бути змінений на статус сторони кримінального провадження згідно з кримінально-процесуальним законодавством України, з усіма відповідними наслідками. В разі виявлення факту вчинення кримінального правопорушення до військовополоненого, який підозрюється у вчиненні такого правопорушення, можуть застосовуватись кримінально-процесуальні заходи.

Стаття 13 Женевської конвенції гарантує захищеність військовополоненого від цікавості публіки. Для розуміння та застосування цієї норми можна звернутись до коментаря Женевської конвенції наданого Міжнародним Комітетом Червоного Хреста в редакції від 2020 р. В ньому йдеться не лише про захист від цікавості публіки і розкривається поняття «публіка», до якої відносяться всі, хто не пов'язаний з утриманням військовополонених, але і надаються виключення з цього правила: випадки, коли можливо чи доцільно оприлюднювати певні дані щодо військовополонених. При добровільній згоді військовополоненого на оприлюднення певних відомостей, здійснення останнього не вважається порушення конвенційних норм.

У кожному окремому випадку оприлюднення інформації про військовополоненого необхідно визначити мету такого заходу та деякі інші обставини. Так, якщо це здійснюється з метою збирання доказів для доведення вчинення злочину та демонстрації порушення норм гуманітарного права, про що сам особисто заявляє військовополонений або оприлюднюється відео чи фото, на якому можна чітко ідентифікувати військовополоненого з метою

оприлюднення факту, що він є живим та знаходиться в полоні або військовополоненого, який знаходиться у розшуку, це не вважається порушенням положень Конвенції.

Оприлюднення ж без його згоди записаної приватної розмови військовополоненого, якого можна ідентифікувати, або проведення так званого параду військовополонених, або оприлюднення відео чи фото матеріалів із зображенням заляканих чи брудних військовополонених без поважної мети є прямим порушенням Женевської конвенції.

Отже, для того щоб уникнути звинувачення у порушенні міжнародних вимог щодо поводження з військовополоненими, необхідно чітко дотримуватись правил Конвенції та залучати кваліфікованого юриста перед проведенням допиту військовополоненого та оприлюдненням матеріалів про нього.

Відповідно до ст. 49 Конвенції, держава, що тримає в полоні, може використовувати працю військовополонених, які є працездатними, беручи до уваги їхній вік, стать, військове звання та фізичну здатність виконувати певну роботу й маючи на меті, зокрема, підтримання їх у доброму фізичному та психічному стані. Від офіцерів, які є військовополоненими, можна вимагати лише виконання роботи наглядового характеру. Лише за їх згодою їм можливе надання іншої роботи, але за жодних обставин їх не можна примушувати до праці.

До військовополонених можуть застосовуватись дисциплінарні стягнення (штраф у розмірі не більш як 50 відсотків авансу в рахунок грошового забезпечення та оплати за виконання робіт на строк не більше ніж 30 діб; позбавлення певних пільг; позачергові наряди тривалістю не більше ніж дві години на день; арешт).

Враховуючи знищення чи пошкодження об'єктів інфраструктури та труднощі з продовольчим забезпеченням, спричинені агресором, може унеможливитись дотримання вимог міжнародного та національного законодавства щодо матеріального та медичного забезпечення військовополонених. До того ж, дотримання прав військовополонених не може здійснюватись за рахунок обмеження права своїх громадян. Думаю, що в такому випадку обґрунтуванням вимушеного обмеження прав військовополонених має бути наявність крайньої необхідності, за якої перевага має надаватись громадянам України.

Від осіб, які мають статус військовополонених (військові збройних сил ворога, комбатанти), необхідно відрізнити найманців, які не мають такого статусу. Їх дії слід кваліфікувати як злочин за ст. 447 КК України. Згідно зі

ст. 47 Протоколу 1 Женевської конвенції, найманець – це будь-яка особа, яка: а) спеціально завербована на місці або за кордоном для того, щоб брати участь у збройному конфлікті; б) фактично бере безпосередню участь у воєнних діях; в) бере участь у воєнних діях, керуючись, головним чином, бажанням одержати особисту вигоду, і якій дійсно було обіцяно стороною або за дорученням сторони, що перебуває в конфлікті, матеріальну винагороду, що істотно перевищує винагороду, яка обіцяна чи сплачується комбатантам такого ж рангу і функцій, які входять до особового складу збройних сил даної сторони; г) не є ні громадянином сторони, що перебуває в конфлікті, ні особою, яка постійно проживає на території, яка контролюється стороною, що перебуває в конфлікті; д) не входить до особового складу збройних сил сторони, що перебуває в конфлікті; е) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває в конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил.

У підсумку слід зазначити, що Україна підписавши міжнародні документи і взявши на себе відповідні зобов'язання, повинна їх дотримуватись. Дотримання їх має бути і у такому критичному стані, в якому наразі опинилась наша держава. Саме це відрізняє цивілізовану країну, якою завжди була Україна, від нецивілізованої, якою є сучасна Росія, а український народ – від варварів.

Слава Україні!

Шепітько М. В.,

*д.ю.н., старший науковий співробітник,
професор кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ЗАСТОСУВАННЯ РИМСЬКОГО СТАТУТУ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ТА КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ ВЧИНЕНИХ ПІД ЧАС РОСІЙСЬКОЇ АГРЕСІЇ В УКРАЇНІ

24 лютого 2022 р. Російська Федерація при підтримці Республіки Білорусь розпочала агресивну непровоковану широкомасштабну війну проти України. Ця агресія стала продовженням навали Російської Федерації, яка попередньо, починаючи з 26 лютого 2014 р. окупувала Автономну Республіку Крим та пізніше окремі частини Донецької та Луганської областей.

Римський статут Міжнародного кримінального суду, не дивлячись на довгі спроби його ратифікації та імплементації, залишається в Україні таким, що все ще не є частиною законодавства, однак є надважливим в створенні правової основи для притягнення агресора до кримінальної відповідальності. Слід зазначити, що ці спроби ратифікації Римського статуту все ж призвели до прийняття проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (реєстр. № 2689), однак Президент України залишив його без підписання. При цьому застосування Римського статуту має не тільки важливе наукове, але й практичне правове значення для правозастосувача в Україні.

Враховуючи історичний розвиток воєнних дій в Україні, починаючи з Революції Гідності та початку процесів окупації Автономної Республіки Крим та окремих частин Донецької та Луганської областей, слід згадати, що Верховна Рада України 25 лютого 2014 р. та 4 лютого 2015 р. ухвалила заяву до Міжнародного кримінального суду про визнання Україною юрисдикції міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів у період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 р. (№ 790-VII) та постанову (№ 145-VIII) у формі заяви «Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій «ДНР» та «ЛНР», що призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян».

Вже в 2016–2019 рр. було видано щорічні Звіти Канцелярії Прокурора Міжнародного кримінального суду щодо подій на майдані Незалежності в м. Київ, у Криму та на Сході України. 14 грудня 2020 р. Міжнародний кримінальний суд опублікував Звіт Канцелярії прокурора про дії з попереднього вивчення ситуацій у 2020 р., в якому Канцелярія дійшла висновку щодо завершення попереднього вивчення ситуації в Україні та постановила ухвалу про те, що критерії для початку розслідування дотримані в частині предметної юрисдикції, прийнятності та інтересів правосуддя.

Заяви Верховної Ради України щодо визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду були також доповнені статтею 8 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сто-

рони від 27 червня 2014 р., – Україна та Європейський Союз взяли на себе зобов'язання співпрацювати з метою зміцнення миру та міжнародного правосуддя шляхом *ратифікації та імплементації* Римського статуту Міжнародного кримінального суду (МКС) 1998 р. та пов'язаних з ним документів. Це фактично означає, що Україна взяла на себе додаткове зобов'язання в майбутньому розблокувати ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду в межах співробітництва з Європейським Союзом.

Через наявну агресію Україна Верховна Рада України знайшла можливість не тільки звернутись до Міжнародного кримінального суду, а й визнати його юрисдикцію в цій частині. Варто зауважити, що, відповідно до Звіту Канцелярії Прокурора Міжнародного кримінального суду, Суд знайшов можливість здійснити юрисдикцію щодо таких, що підпадають під дію Римського статуту злочинів, учинених на території України в період з 21 листопада 2013 р. через здійснення декларацій Верховною Радою України. Таким чином, було подолано відсутність ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду, хоча необхідність ратифікації даного акту лише зростає.

Слід згадати про специфічність (комплементарність) юрисдикції Міжнародного кримінального суду, який лише доповнює національні органи кримінальної юстиції. Про це вдало зазначає О. Сенаторова і уточнює, що прямий переклад Римського статуту з англійської мови (без використання російськомовного варіанту з офіційного порталу Верховної Ради України) вказує на допоміжний характер саме «національної кримінальної юрисдикції». Це означає, що національна кримінальна юрисдикція не звільняється від здійснення обов'язків державних органів України від правової оцінки (кваліфікації) вчинених злочинів та притягнення винуватих до кримінальної відповідальності. Саме у цьому контексті, в тих ситуаціях, де національна юрисдикція не може досягти справедливості й притягнути винуватих осіб до кримінальної відповідальності Міжнародний кримінальний суд стає допоміжним разом з його правовою основою Римським статутом.

Події щодо Майдану, Автономної Республіки Крим та окремих частин Донецької та Луганської областей вже стали предметом розслідування Міжнародного кримінального суду, який вже зробив свої попередні висновки. Свої пропозиції попередньої кваліфікації вчинених кримінальних правопорушень у період 2014–2020 рр. Канцелярії прокурора Міжнародного кримінального суду вже запропонувала.

Так, під час проведення аналізу Канцелярія вивчила кілька форм можливих діянь та розглянула як контекст міжнародного збройного конфлікту

та окупації Криму, так і різні можливі [правові] кваліфікації збройного конфлікту на сході України. Зокрема, Канцелярія знайшла розумні підстави вважати, що починаючи з 26 лютого 2014 р. **в період, що передував окупації, та (або) в контексті окупації території Криму було вчинено такі злочини:** умисне вбивство, передбачене підпунктом (а)(і) пункту 2 статті 8; тортури, передбачені підпунктом (а)(іі) пункту 2 статті 8; зазіхання на людську гідність, передбачене підпунктом (b)(xxi) пункту 2 статті 8; незаконне позбавлення волі, передбачене підпунктом (а)(vii) пункту 2 статті 8; примушення осіб, що охороняються, до служби у збройних силах ворожої держави, передбачене підпунктом (а)(v) пункту 2 статті 8; умисне позбавлення охоронюваних осіб прав на справедливе та нормальне судочинство, передбачене підпунктом (а)(vi) пункту 2 статті 8; переміщення окремих частин населення окупованої території за межі цієї території (щодо переміщення ув'язнених у межах кримінального судочинства осіб та ув'язнених), передбачене підпунктом (b)(viii) пункту 2 статті 8, та захоплення майна ворога, коли таке захоплення не диктується настійно військовою необхідністю (щодо приватної власності та культурних цінностей), передбаченого підпунктом (b)(xiii) пункту 2 статті 8 Статуту.

Крім того, Міжнародний кримінальний суд через Канцелярія прокурора наголосує, що вона розглянула наявну інформацію про ймовірні злочини, передбачені статтею 7 Статуту, і знайшла розумні підстави вважати, що дії, які можуть бути кваліфіковані як злочини, мали місце в контексті періоду, що передував **окупації Криму**, та під час цієї (тривалої) окупації: вбивство, передбачене підпунктом (а) пункту 1 статті 7; депортація або насильницьке переміщення населення (щодо переміщення осіб, які перебувають під вартою в рамках кримінального судочинства та ув'язнених), передбачене підпунктом (d) пункту 1 статті 7; ув'язнення або інше жорстоке позбавлення фізичної волі, передбачене підпунктом (е) пункту 1 статті 7; тортури, передбачені підпунктом (f) пункту 1 статті 7; переслідування будь-якої ідентифікованої групи або спільності з політичних мотивів, передбачене підпунктом (h) пункту 1 статті 7, та насильницьке зникнення людей, передбачене підпунктом (і) пункту 1 статті 7 Статуту.

Крім того, у 2019 р. Канцелярія дійшла висновку про те, що наявна інформація дає розумні підстави вважати, що в період з 30 квітня 2014 року і надалі в контексті збройного конфлікту на **сході України** було скоєно щонайменше наступні військові злочини: умисні напади на цивільних осіб та цивільні об'єкти, передбачені підпунктами (b)(i) – (ii) або (e)(i) пункту 2 статті 8; умисне завдання ударів по будівлях, що охороняються, передбачене

підпунктами (b)(ix) або (e)(iv) пункту 2 статті 8; *умисне вбивство або вбивство*, передбачені підпунктами (a)(i) або (c)(i) пункту 2 статті 8; *тортури та нелюдське або жорстоке поводження*, передбачені підпунктами (a)(ii) або (c)(i) пункту 2 статті 8; *зазіхання на людську гідність*, передбачене підпунктами (b)(xxi) або (c)(ii) пункту 2 статті 8; *звалтування та інші форми сексуального насильства*, передбачені підпунктами (b)(xxii) або (e)(vi) пункту 2 статті 8 Статуту.

Крім того, **якби конфлікт мав міжнародний характер**, то були б розумні підстави вважати, що були скоєні наступні військові злочини: передбачене підпунктом (b)(iv) пункту 2 статті 8 *умисне вчинення нападів, внаслідок яких було завдано шкоди цивільним особам та цивільним об'єктам, який був явно несумісний з очікуваною військовою перевагою (нерозмірні напади)*, та передбачене підпунктом (a)(vii) пункту 2 статті 8 Статуту незаконне позбавлення волі.

Аналіз одержаних доказів, які надали можливість кваліфікувати окремі діяння як злочинні та розпочати розслідування Міжнародним кримінальним судом, надає перспективи для подальшого його залучення до подій, які потребують додаткової оцінки в Україні, починаючи з 24 лютого 2022 р.

Так, починаючи з 24 лютого 2022 р. Офіс Генерального прокурора зареєстрував станом на 23 квітня 2022 р.: 1) 7999 злочинів *агресії та воєнних злочинів (з яких порушень законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України) – 7759, планування, підготовки або розв'язання та ведення агресивної війни (ст. 437 КК України) – 48, пропаганди війни (ст. 436 КК України) – 11, інших – 181)*; 2) 3760 злочинів *проти національних безпеки (з яких посягань на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110 КК України) – 2417, державної зради (ст. 111 КК України) – 647, диверсії (ст. 113 КК України) – 60, інших – 636)*. У так званому магістральному кримінальному провадженні щодо агресії РФ зафіксовано 620 підозрюваних, в число яких входять представники військово-політичного керівництва РФ (міністри, депутати, військове командування, посадовці, тощо).

Накопичування доказових даних в межах цих кримінальних проваджень потребує їх вчасного й правильного збирання та використання в подальшому з метою відновлення справедливості та здійснення правосуддя. Діяльність органів правосуддя щодо збирання доказів воєнних злочинів, що здійснюється в Україні є важливою не тільки для національних систем органів правосуддя, однак і для системи міжнародного кримінального правосуддя, яке вже розпочало свою діяльність в межах України. Так, на сьогодні вже 41

держава звернулася до Міжнародного кримінального суду, юрисдикцію якого визнала Україна, щодо необхідності розслідування, яке вже невідкладно розпочалося в Україні. Важливою при цьому залишається необхідна координація діяльності між національними та міжнародними системами правосуддя. Не випадковою в цьому контексті стала заява Президента України В. Зеленського 3 квітня 2022 р. щодо «створення спеціального механізму правосуддя в Україні для розслідування та судового розгляду кожного злочину окупантів» на території України.

Таке звернення Президента України В. Зеленського щодо створення спеціального механізму правосуддя в Україні пов'язується із очевидною необхідністю створення спеціальних слідчих груп як на міждержавному, так і на міжнародному рівні. Система правоохоронних органів України опинилася у достатньо складному становищі необхідності: 1) фіксування величезної кількості доказової необхідності; 2) здійснення процесуальних дій за довоєнними кримінальними процесуальними механізмами; 3) відсутності достатньої кількості кадрів для виконання таких завдань (через виконання обов'язку оборони держави, порушення присяги, відсутності достатньої кваліфікації, тощо); 4) здійснення кримінального переслідування в ситуаціях відсутності або загибелі винуватих осіб або очевидців вчинення злочинів; 5) відсутності доступу слідчих груп до місця вчинених подій через бойові дії або замінування таких місць.

Слід зазначити, що інтенсивність вчинення злочинів, міжнародний та суспільний резонанс призводить до того, що окремі із фактів вчиненого дозволяють робити заяви про ознаки вчинення найбільш тяжких злочинів, які йменуються як геноцид. Так, 14 квітня 2022 р. Верховна Рада України прийняла заяву «Про вчинення Російською Федерацією геноциду в Україні» (реєстр. № 2188-IX), що стало наслідком відкриття правоохоронними органами Різанини в Бучі після деокупації територіальних громад Київської області, фактів насильства над цивільним населенням в Маріуполі та інших міст заяв офіційних представників Російської Федерації щодо денацифікації та знищення Українського Народу, заборон використання української мови та знищення українськомовних книг.

Очевидно, що збирання, фіксування, класифікації та, як наслідок, правова оцінка доказової інформації потребує її особливий захист на різних стадіях. Так, збирання доказової інформації має апріорне ускладнення від проблеми залучення великої кількості правоохоронців із різним рівнем знань, різними цілями (включаючи можливу протидію і навіть бажання її знищити)

до ускладнень мовної складової. Велика кількість проблем, які можуть бути наслідком втрати інформацією статусу доказу, пов'язуються із втратою носіїв інформації (велика кількість біженців, переміщених осіб, втрата серверів через хакерські атаки, тощо). Фіксація інформації, яка здійснюється правоохоронними органами та громадськими організаціями закордоном, є важливою та необхідною, однак також може нести небезпеку навіювання інформації, якої не було, переконання осіб, які звернулися до них щодо безперспективності офіційних процедур. Слід констатувати, що на сьогодні правоохоронні органи знаходяться лише на початкових стадіях збирання такої інформації, однак можливість правильної інтерпретації та кваліфікації вчиненого буде залежати від її належного опрацювання.

У цьому контексті важливою стане не тільки взаємодія представників національних, іноземних, міждержавних та міжнародних органів правосуддя, але й взаємодія правових систем. На жаль на сьогодні не можна вважати частиною чинного національного законодавства Римський статут Міжнародного кримінального суду. Разом із цим він залишається допоміжною та важливою правовою основою притягнення винуватих осіб в агресії Російської Федерації та її представників проти України. Логічним у цьому розумінні є продовження діяльності Міжнародного кримінального суду із фіксування воєнних злочинів в Україні й після широкомасштабного вторгнення. Слід звернути увагу, що національне кримінальне законодавство стане базою для представників правоохоронних органів України в притягненні винуватих осіб до кримінальної відповідальності. Не випадковим стає домінування в кваліфікації та розпочатих кримінальних проваджень, внесених до Єдиного реєстр досудових розслідувань Порушень законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України), яка є бланкетною та яка розкривається за допомогою міжнародних договорів та в, тому числі, Римського статуту Міжнародного кримінального суду (який попри все залишається не ратифікованим в Україні).

Наслідком такого бурхливого розвитку національного кримінального законодавства, на нашу думку, стане його подальше реформування, що призведе до прийняття у післявоєнний час нового Кримінального кодексу України. У цьому контексті слід звернути увагу на діяльність Робочої групи з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України, яка вже запропонувала неповний проект Кримінального кодексу України, в якому запланована Книга 11 з п'ятьма розділами (геноцид, злочини проти людяності, злочин агресії, воєнні злочини, злочини проти миру та безпеки людства).

*Харитоновна О. В.,
к.ю.н., доцент,
доцентка кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

СЕСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО, ПОВ'ЯЗАНЕ З КОНФЛІКТОМ, У ВІЙНІ РФ ПРОТИ УКРАЇНИ: ПРАВОВІ АСПЕКТИ

Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом: походження зла

Значна поширеність сексуального насильства під час збройних конфліктів має давню історію. Цей факт пов'язаний з традицією уявлень про жіночі тіла як арени великих битв і глорифікацією військових перемог як активів стратегічного насильства над жінками. Широковідомими є слова Чингісхана, що створив впливову імперію в Азії та Центральній Європі у XIII ст. не лише завдяки військовій майстерності, а і за допомогою масових зґвалтувань: «Найбільше задоволення у житті – перемогти своїх ворогів, гнати їх перед собою, позбавляти їх багатства, бачити, як ті, хто їм дорогі, купаються у сльозах, їздити на їхніх конях, спустошувати їх дружин та доньок».

Сексуальне насильство під час війни довгі тисячоліття представлялося як неминучий побічний ефект завоювань, як спосіб спілкування між завойовниками та переможеними за допомогою жіночих тіл. Оскільки патріархальні зразки маскулінності побудовані на тому, що захист жінок є ознакою чоловічої гордості (адже володіння жінкою вважається ознакою чоловічого успіху) – зґвалтування воїном-завойовником руйнує для переможеної сторони ілюзію влади та власності. Зґвалтування та інші форми сексуального насильства, які використовуються як знаряддя війни, покликані дегуманізувати жертв, а також їхні сім'ї та громади, в яких вони живуть. Залишаючи цілі спільноти, а з ними і все суспільство, в довготривалих стражданнях, гвалтівники спричиняють «каскадний ефект» насильства. Таке бачення укорінене і в багатьох сучасних контекстах. Зґвалтування як знаряддя війни є дешевою та ефективною стратегією; використовуючи сексуальне насильство, озброєним формуванням вдається як заподіяти неймовірних індивідуальних страждань, так і зруйнувати місцеві спільноти, ослабити їх та встановити над ними контроль. Прагнення до панування – можливо навіть підсвідоме – пояснює систематичне застосування сексуального насильства як стратегії війни.

З розвитком концепту прав людини, з розвитком феміністичного руху прийшло усвідомлення, що сексуальне насильство під час війни – це результат радикалізації повсякденної сексистської поведінки в суспільстві, що під час війни лише загострюються приховані сексистські ідеї, розповсюджені у мирний час. Жінки та дівчата виступають першочерговою мішенню, оскільки гендерне насильство в повсякденному житті глибоко вкорінене, і тому в ситуації конфлікту подібне насильство швидше «нормалізується». Починаючи з 1970-х рр. ХХ ст. серйозна увага почала приділятися дослідженням зв'язків сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, з ширшою моделлю сексизму в суспільстві. Так, Сьюзен Браунміллер писала, що війна дає чоловікам ідеальний психологічний фон, щоб дати волю їх презирству до жінок. Що сама маскуліність військових, – з грубою силою зброї, яка їм належить, з чоловічою дисципліною віддання і виконання наказів, з простою логікою ієрархічного командування – підтверджує чоловіче уявлення про те, що жінки периферійні, що вони пасивні спостерігачі дій, які розгортаються у центрі подій. Ці глибоко мізогінні підтексти війни підкреслюють не тільки болучість сексуального насильства для індивідуального життя жертв, а і побудову і увічнення гендерної нерівності, яка, як прихована пружина, міститься в суспільстві тих, хто вижив, і у післявоєнному відновленні, отруюючи його потенціал.

Оскільки сексуальне насильство – це сексуальний вираз агресії, бажання продемонструвати владу і панування, важливо пам'ятати про те, що жертвами сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, стають не тільки жінки і дівчата, а і чоловіки, і люди з іншими гендерними ідентичностями. Насильство щодо них має на меті порушити соціальні та правові норми, принизити людей та спільноти. Нерідко подібне сексуальне насильство є способом злочинців привернути політичну увагу і таким чином заявити про себе як про небезпечне збройне формування, яке необхідно сприймати серйозно.

Структурні, індивідуальні та групові фактори СНПК

Отже, важливою детермінантою сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом (СНПК), є рівень гендерної нерівності загалом у суспільстві до війни, оскільки гендерна нерівність і дисбаланс влади міцно вкорінені і передаються з покоління в покоління, відтворюючись у значних масштабах. На міжнародному рівні нині визнається неоднаковий вплив збройних конфліктів на жінок та дівчат. Зокрема, у Преамбулі Резолюції 1325 (2000) Ради Безпеки ООН йдеться про розуміння цього впливу та про необхідність ефективних інституційних механізмів для їх захисту.

Дані відмінності у тому, як жінки, дівчата, чоловіки та хлопчики стикаються з конфліктом, пов'язані з тим, що вони мають різний статус у своїх громадах, стають об'єктами нападу по-різному, їх травми мають різні соціальні та економічні наслідки, вони мають різні способи підтримання свого існування, різний доступ до ресурсів, необхідних для виживання та відновлення. Патріархальні соціальні моделі часто зображують жінок та дівчат покірними, пасивними та менш цінними у порівнянні з чоловіками. Укорінення ідеальних типів жіночності, пов'язаних з уявленням про жінок як пасивних суб'єктів, яким притаманна «сексуальна чистота і непорочність», також веде до того, що жінки розглядаються як «природні» жертви.

Аналогічно, гетеронормативні припущення та стереотипи стосовно чоловічої мужності та сили можуть призводити до небажання взагалі визнавати існування чоловіків-постраждалих від сексуального насильства. Очевидно, що обидва підходи мають єдине коріння і перешкоджають справедливості для усіх постраждалих.

Що ж стосується «ідентичності солдата», яку створюють армії, то вони теж пов'язані з соціальними конструкціями маскуліності, з уявленнями про те, що насильство та завоювання «личить» солдату, що клімат війни унормовує вираження ненависті та акти жорстокості. Індивідуальні чинники, що зумовлюють СНПК, не менш важливі. Існує навіть така концепція – «принципал-агент»; вона про те, що рядові солдати використовують можливості війни, щоб потурати своїм егоїстичним мотивам, вивільняти темний бік людської природи і вчиняти сексуальне насильство. Отже, насильство має подвійну природу, як індивідуальну, так і соціальну, і для протидії йому необхідно враховувати, що індивідуальне формується під впливом культурних зразків гіпермаскулінності.

Окрім того, групова динаміка всередині збройних груп також відіграє істотну роль у поясненні поширеності, масштабів і жорстокості СНПК. Групове згвалтування підвищує згуртованість між членами таких формувань, породжуючи колективне відчуття влади та переваги, дозволяє їм отримати гарантії конфіденційності, особливо у невеликих групах з 3–5 осіб, де гвалтівники разом мовчатимуть щодо скоєного. Також є командири, які намагаються використовувати групові згвалтування, беручи у них участь, щоб показати «приклад для наслідування» підлеглим та зробити своє угруповання відомим подібними зразками поведінки.

Наслідки сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом

СНПК має серйозні наслідки для окремих осіб, спільнот та суспільства у цілому, як у короткостроковій, так і у довгостроковій перспективі.

Мова йде про фізичну шкоду жертвам, психологічну та психічну шкоду, а також про вплив на соціальні відносини всередині та за межами спільнот.

Фізичні наслідки СНПК можуть проявлятися у травмах, зокрема тазових, генітальних, анальних та оральних, які іноді призводять до смерті, хворобах, інфекціях, що передаються статевим шляхом, інвалідності, сексуальній дисфункції, безплідді тощо. В умовах збройного конфлікту надання медичної допомоги, діагностика та лікування вкрай обмежені чи взагалі недоступні. Травматичні наслідки, які розвиваються через сексуальне насильство, можуть бути пов'язані з хронічними болями, унеможливленням контролю за проходженням рідин, відторгненням від громади, уникненням соціальних контактів, відсутністю можливості працювати та забезпечувати власні потреби. В культурних умовах, де репродуктивні здібності жінок висувуються в центр і розглядаються як основна жіноча цінність, безпліддя також може ставити жінок в особливо уразливе становище. Як бачимо, фізична шкода тісно пов'язана з психологічними, психічними та соціальними наслідками і навряд чи може розглядатися у відриві від них.

Психологічні та психічні наслідки СНПК можуть полягати у гострих стресових розладах, депресії, патологічних станах тривоги, страху, крайньої безпорадності та відчаю, відчутті сорому та провини, самозвинуваченні та низькій самооцінці, емоційному ступорі, суїцидальних тенденціях, поведінці з високим ризиком для здоров'я, зокрема зловживанні наркотичними речовинами, психічних захворюваннях різного ступеня тяжкості. Люди, які пережили сексуальне насильство, схильні відчувати глибоку недовіру до знайомих і незнайомих людей, дисоціюватися від людства та зовнішнього світу, а соціо-культурні табу навколо сексуальності ускладнюють їхню реабілітацію. Окрім того, психологічної та психічної шкоди зазнають не тільки ті, щодо кого сексуальне насильство вчинялося, а ті, кого змушували спостерігати за подібними актами.

Соціальні наслідки СНПК полягають у соціальній стигматизації постраждалих, руйнації їхніх стосунків з родинами та громадами, остракізму жертв насильства та пошкодженні тканини суспільства, коли руйнується соціальний порядок і самоцінність громад. Небажана вагітність і «діти, народжені від зґвалтування», також стають причиною соціального таврування та неприйняття громадами, перетворюючись на джерело згадки про колективний біль війни.

Правові засоби захисту постраждалих від сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом

Засоби захисту постраждалих від СНПК існують на міжнародному рівні в межах:

- міжнародного кримінального права
- міжнародного права прав людини
- міжнародного гуманітарного права.

На національному рівні такі засоби потребують виокремлення в рамках співіснування двох правових режимів:

- щодо загально кримінальних злочинів
- щодо злочинів з точки зору міжнародного права.

Згвалтування та інші форми сексуального насильства заборонені міжнародним гуманітарним правом (МГП) та визнані постійно забороненими з точки зору звичаєвого міжнародного права (і в мирний час, і під час збройних конфліктів). МГП застосовується у ході збройного конфлікту і спрямоване на захист певних категорій осіб, які не беруть або більше не беруть участь у військових діях, а також регулює засоби та методи ведення війни.

Сексуальне насильство заборонено згідно з різними договорами міжнародного права прав людини (МППЛ), включно з правом на безпеку, заборонаю дискримінації, катування та жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність поводження або покарання. МППЛ зобов'язує держави поважати, захищати та гарантувати дотримання широкого обсягу прав людини і має на меті захищати осіб під юрисдикцією держави від свавілля держави. Це право застосовується і в мирні часи, і під час конфлікту.

Також воно заборонене згідно з міжнародним кримінальним правом (МКП), яке регулює кримінальну відповідальність осіб за найтяжчі міжнародні злочини. Саме завдяки судовій практиці Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МКТЮ) та Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (МКТР) формувався правовий базис щодо СНПК у міжнародному кримінальному праві, зокрема, згвалтування вперше переслідувалося як військовий злочин, злочин проти людяності та акт геноциду. З появою постійно діючого Міжнародного кримінального суду (МКС), що функціонує на основі Римського статуту, питання сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, отримали подальший розвиток.

Форми сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, згідно МКП:

- згвалтування
- сексуальне рабство
- примусова проституція
- примусова вагітність
- примусовий аборт

- примусова стерилізація
- примусовий шлюб
- будь-яка інша форма сексуального насильства порівнюваної тяжкості (зокрема, це сексуалізовані катування, каліцтво жіночих геніталій, примусове оголення тощо)

Національні та міжнародні юрисдикційні повноваження і валідність доказів СНПК

Під час війни рф проти України виникло питання належного документування та переслідування злочинів сексуального насильства, пов'язаних з конфліктом. Таке переслідування можливе, перш за все, в рамках української національної юрисдикції; далі, в рамках універсальної юрисдикції (йдеться про те, що національні органи влади будь-якої держави здійснюють розслідування та переслідують у судовому порядку осіб, підозрюваних у найтяжчих злочинах з точки зору міжнародного права, таких як воєнні злочини, злочини проти людяності, геноцид та агресія, незалежно від того, де ці злочини було скоєно, та незалежно від громадянства або місця проживання постраждалих чи підозрюваних осіб – так, зокрема, Естонія, Литва, Німеччина, Польща, Словаччина та Швеція вже почали розслідувати подібні злочини Росії під час війни в Україні, при цьому вони працюють у координації з українськими національними органами влади); і, зрештою, в рамках юрисдикції МКС, яка функціонує на підставі принципу субсидіарності – Прокурор МКС Карім Хан ініціював попереднє вивчення ситуації в Україні у зв'язку з повномасштабним вторгненням рф.

Першочерговим завданням даних переслідувань є документування вчинених діянь таким чином, щоб забезпечити валідність зібраних доказів як для національних судів, так і для міжнародних судових установ. Цей подвійний вимір правової оцінки доказів весь час повинен матися на увазі.

Очевидно, що наразі в Україні, за відсутності інших національних кримінально-правових інструментів, для оцінки сексуального насильства має бути використаний потенціал ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв війни» і загалом потенціал розділу XX Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». Для розуміння і правильного застосування даних положень національного законодавства необхідно звернутися до міжнародних норм кримінального права, які, окрім того, що можуть застосовуватися самостійно, мають бути імпліцитно включені у національну правову матерію. Так, зокрема, згвалтування як форма СНПК, відповідно до міжнародного кримінального права, може бути кваліфіковане як воєнний злочин, як злочин

проти людяності та як геноцид. При цьому варто відслідкувати генеалогію підходів до розуміння зґвалтування у ключових кейсах МКТР та МКТЮ.

Генеалогія підходів до розуміння зґвалтування в міжнародному праві

В юриспруденції трибуналів *ad hoc* МКТР і МКТЮ спостерігаються три магістральні лінії.

Перша лінія – від справи *Akayesu* (МКТР) до справи *Čelebići* (МКТЮ) – де зроблено акцент на концепції насильства та агресії без зосередження на механістичному описі предметів і частин тіла.

Справа *Akayesu* була першим рішенням, що стосується визначення зґвалтування у міжнародному праві. Судді зауважили, що зґвалтування є формою агресії і основні елементи злочину зґвалтування неможливо знайти у механістичному описі предметів і елементів тіла. Суд також відзначив культурну чутливість, пов'язану з публічним обговоренням інтимних питань, і нагадав про болісне небажання та нездатність постраждалих розкривати анатомічні подробиці сексуального насильства, якого вони зазнали. Палата явно зосереджувалась на примусовості обставин, а не на їх тілесних проявах, і навіть зазначила, що «сексуальне насильство не обмежується фізичним вторгненням у людське тіло і може включати дії, не пов'язані з проникненням або навіть фізичним контактом». У справі *Čelebići* судова камера МКТЮ погодилася як із визначенням в *Akayesu*, так і з розумінням насильства як центральної причини, згідно з якою міжнародне право забороняє зґвалтування.

Друга лінія формувалася від справи *Furundžija* (МКТЮ) до справи *Kunarac* (МКТЮ), і її характерною рисою було спочатку зміщення в бік «технічного опису» зґвалтування, а потім рух вбік аргументу «сексуальної автономії», акцент на забороні сексу без згоди з увагою до примусових обставин, які визнаються такими, що шкодять згоді. В *Furundžija* суд знову намагався фокусуватися на частинах тіла та «механіці» зґвалтування, дещо звужуючи підхід *Akayesu*. Втім, судді в справі *Kunarac* дали зрозуміти, що вони розуміють «сексуальну автономію» жертви як «справжню» мету законів проти зґвалтування. У цьому аналізі вони зосередилися насамперед на сексуальному акті, що включає сексуальне проникнення, на яке жертва не давала згоди або була поставлена в положення «нездатності чинити опір».

Третя лінія юриспруденції в справах *Gacumbitsi* (МКТР) – *Muhimana* (МКТР) стала спробою узгодити підходи перших двох ліній, підкресливши в аргументації, що вони не суперечать одна одній.

Розвиток даної юриспруденції призвів до того, що сформувалися спеціальні правила процедури та доказування у справах про сексуальне насильство.

Правила та процедури щодо доказування сексуального насильства

Міжнародний кримінальний суд (Правила 70, 71 Правил процедури та доказування МКС) та інші міжнародні трибунали та суди створили правила та механізми, щоб захистити постраждалих (свідків) та вирішити питання:

- згоди
- підтвердження насильства додатковими фактами
- попередньої та подальшої сексуальної поведінки постраждалої особи
- інших захисних заходів.

Дані правила полягають у наступному.

1) Прокурорам не потрібно надавати докази застосування сили або загрози сили, щоб довести відсутність згоди:

- достатні докази, які доводять наявність примусових обставин, вже включають можливість надання справжньої згоди, і зосереджуватися потрібно на доказуванні примусових обставин
- мовчання або відсутність фізичного опору постраждалих не означає згоду
- постраждалим (свідкам) не можна ставити жодних питань стосовно згоди, якщо суд не влаштує закриті засідання, на якому дасть на це попередній прямиий дозвіл після врахування аргументів сторін, і таке опитування здійснюватиметься у закритому слуханні.

2) Згідно з принципами міжнародної кримінальної процедури у випадках сексуального насильства підтвердження додатковими фактами не вимагається. На практиці це означає, що свідчення постраждалих – за умови, якщо вони надійні та заслуговують на довіру – можуть бути достатніми доказами скоєння злочину сексуального насильства, за відсутності будь-якого іншого додаткового підтвердження фактами від інших свідків, документів, медичних документів, фотографій або будь-яких інших потенційно підтверджувальних доказів.

3) Більшість міжнародних кримінальних трибуналів забороняють ставити питання стосовно попередньої та подальшої сексуальної поведінки постраждалих. Такі питання можуть бути особливо принизливими та, у контексті воєнних злочинів, злочинів проти людяності й актів геноциду, вважаються зайвими і недоречними. Доречні питання стосуються навколишніх обставин та того, дозволяли вони чи не дозволяли постраждалим вільно погодитися на сексуальні акти з підозрюваним правопорушником у конкретному випадку.

4) Інші захисні механізми спрямовані на те, щоб постраждалі, їхні члени сім'ї та близькі родичі, свідки не піддавалися ризику помсти або ре-

травматизації. Зокрема, такі механізми можуть бути як структурними (зокрема, справедливе гендерне представництво у структурі судової влади, персонал із досвідом роботи з травмою сексуального насильства, з правовим досвідом переслідування гендерних злочинів), так і організаційно-процесуальними безпековими (зокрема, особиста охорона, охорона житла і майна, видача спеціальних засобів індивідуального захисту і сповіщення про небезпеку, заміна документів та зміна зовнішності, зміна місця роботи або навчання, переселення в інше місце проживання, забезпечення конфіденційності відомостей про особу тощо).

Вочевидь, розуміння даних правил міжнародної кримінальної процедури надасть змогу як забезпечити міжнародні стандарти захисту прав людини на національному рівні, так і підготувати належну доказову базу по магістральній лінії міжнародного кримінального судочинства.

Алгоритм аналізу елементів злочинів відповідно до Римського статуту

У міжнародному кримінальному праві передбачається відповідний алгоритм аналізу елементів злочинів відповідно до Римського статуту.

Цей аналіз здійснюється на трьох рівнях:

- конкретні елементи злочину згвалтування («Що сталося, з ким та де?»)
- загальні елементи воєнного злочину, або злочину проти людяності, або геноциду («Яким був контекст», у якому скоєно акт (основний злочин)?
- елементи для встановлення зв'язків («Хто несе відповідальність та як?»)

Конкретні елементи доводяться доказами, які демонструють, що вчинено конкретний акт поведінки та є наявним конкретний склад основного злочину сексуального насильства (наприклад, згвалтування).

Загальні елементи, які часто називають «об'єднуючими», доводяться доказами, що описують обставини, у яких скоєно конкретний акт, та «підіймають» його до рівня воєнного злочину, злочину проти людяності або геноциду. Конкретний злочин може означати злочин з точки зору міжнародного права тільки тоді, коли він вчинений у відповідному контексті, який робить його воєнним злочином, злочином проти людяності або актом геноциду (наприклад, згвалтування як воєнний злочин потребує, щоб діяння відбулося в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним, і щоб правопорушнику були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту).

Це означає, що якщо загальні елементи не задокументовані належним чином, злочин буде підлягати судовому переслідуванню тільки як «загально кримінальний злочин» згідно з національним законодавством (напри-

клад, зґвалтування як таке), а не як злочин з точки зору міжнародного права (наприклад, зґвалтування як воєнний злочин), який не має строку давності.

Елементи для встановлення зв'язків, також відомі як «види відповідальності», доводяться доказами, що описують спосіб, в якій один чи більше правопорушників несуть кримінальну відповідальність за дії або бездіяльність, які є злочином з точки зору міжнародного права. Мова йде про пряму відповідальність (ст. 25 Римського статуту), та відповідальність командира/начальника (ст. 28 Римського статуту).

Аналізуючи зґвалтування за Римським статутом як форму СНПК, наведемо елементи зґвалтування як воєнного злочину:

Стаття 8 (2) (b) (xxii) – I Воєнний злочин – зґвалтування

Елементи

1. Правопорушник вторгнувся в тіло особи шляхом поведінки, яка призвела до проникнення, хоча б незначного, до будь-якої частини тіла жертви або злочинця статевим органом, або до анального або генітального отвору жертви будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.

2. Вторгнення було скоєно силою, або загрозою застосування сили чи примусу, наприклад, викликане страхом насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення чи зловживання владою, проти такої особи чи іншої особи, або шляхом використання примусового середовища, або вторгнення було скоєно проти особи, не здатної дати справжню згоду.

3. Дія відбулася в контексті міжнародного збройного конфлікту та була пов'язана з ним.

4. Правопорушнику були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

Зґвалтування як воєнний злочин на національному рівні має кваліфікуватися за ст. 438 КК України.

Зґвалтування як злочин проти людяності відповідно до чинного національного кримінального законодавства матиме певні перепони у переслідуванні на національному рівні, оскільки законодавство не розвинене і, не дивлячись на старання адвокацію громадянського суспільства, Президентом так і не був підписаний законопроект 2689, що передбачав суттєві реформи у даному напрямку. Втім, незрілість національного законодавства не може стати на заваді переслідуванню злочинів, які по суті порушують норми *ius cogens* – імперативні норми міжнародного публічного права. Тому важливо відзначити, що належне збирання доказів та комунікація з МКС цілком здатна забезпечити ефективність переслідування у даному випадку.

Нагадаємо елементи зґвалтування як злочину проти людяності відповідно до Римського статуту:

Стаття 7 (1) (g) – 1 Зґвалтування – злочин проти людяності

Елементи

1. Правопорушник вторгнувся в тіло особи шляхом поведінки, яка призвела до проникнення, хоча б незначного, до будь-якої частини тіла жертви або злочинця статевим органом, або до анального або генітального отвору жертви будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.

2. Вторгнення було скоєно силою, або загрозою застосування сили чи примусу, наприклад, викликане страхом насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення чи зловживання владою, проти такої особи чи іншої особи, або шляхом використання примусового середовища, або вторгнення було скоєно проти особи, не здатної дати справжню згоду.

3. Дія була скоєна як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.

4. Правопорушник знав, що ця поведінка була частиною широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, чи мав на меті таку поведінку.

Згідно з Римським статутом злочини проти людяності не вимагають зв'язку зі збройним конфліктом – вони можуть статися в мирний час. З точки зору загальних елементів злочину відповідно до Римського статуту, про які йшлося вище, необхідно, щоб даний акт поведінки був частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення – необов'язково частиною обох. Напад не повинен бути збройним або військовим, якщо він широкомасштабний або систематичний. «Широкомасштабний» визнається як масовий, означаючи, що напад спрямований на велику кількість постраждалих. Поняття «систематичний» означає, що напад повинен мати задалегідь складений план або політику. Тобто не сексуальне насильство само по собі має бути широкомасштабним або систематичним, щоб становити злочин проти людяності, а напад на цивільне населення має бути таким. Тобто, окремий акт зґвалтування або іншої форми сексуального насильства може бути злочином проти людяності, якщо вчинений як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого на цивільне населення.

Що стосується зґвалтування як акту геноциду відповідно до міжнародного кримінального права, то варто зазначити, що у справі Акаєсу (МКТР) трибунал вперше визначив зґвалтування як акт геноциду та визнав особу винною у геноциді на підставі, зокрема, актів зґвалтування та сексуального насильства. Важ-

ливо, що руандійський трибунал визнав інтерсекційність злочину геноциду зґвалтування. Суд зауважив, що «геноцидне зґвалтування» під час геноциду в Руанді сталося з деякими жінками через їхню етнічну приналежність, особливо з жінками тутсі або жінками хуту, які одружилися з чоловіками тутсі. Трибунал зазначив, що ці жінки стали мішенню як через їхню етнічну приналежність, так і через переконання і думки хуту про жінок тутсі як про жінок. Він визнав геноцид зґвалтуванням як, можливо, найбільш ефективний і серйозний спосіб заподіяння каліцтв і шкоди окремим жінкам тутсі, що тим самим сприяв знищенню всієї групи тутсі. Суд фактично підкреслив, що секс працював на знищення людей і зґвалтування використовувалися як знаряддя війни.

Що ж стосується зґвалтувань як актів геноциду, які вчинялися в Боснії, то югославський трибунал встановив, що ці зґвалтування були задумані так, щоб мати ефект запліднення жертви, щоб у неї народжувалася дитина від серба і щоб дитина була ідентифікована в етнічній належності гвалтівника, що означало геноцид як дії, розраховані на унеможливлення народження дітей в середовищі групи жертв зґвалтування, та сприяло остракізації жінок та відчуженні їх від своїх громад.

Ст. 6 Римського статуту «Геноцид» містить таке визначення:

Для цілей цього Статуту «геноцид» означає будь-яке з наступних діянь, що здійснюються з наміром знищити, повністю або частково, будь-яку національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку:

- a) вбивство членів такої групи;
- b) заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи психічної шкоди членам такої групи;
- c) навмисне створення для будь-якої групи таких життєвих умов, які розраховані на повне чи часткове фізичне знищення її;
- d) заходи, розраховані на запобігання дітонародженням у середовищі такої групи;
- e) насильницька передача дітей із однієї людської групи до іншої.

Таким чином, оцінюючи правові перспективи визнання зґвалтувань, вчинених під час війни РФ проти України, міжнародним злочином геноциду, необхідно розуміти потребу у міжнародному кримінальному правосудді доводити об'єктивну сторону складу геноциду у виді заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи психічної шкоди членам певної згаданої групи, або, наприклад, у виді заходів, розрахованих на запобігання дітонародженням у середовищі такої групи, а також потребу доведення спеціального геноцидального «наміру» (intent), за допомогою дій, перерахованих в об'єктивних елементах злочину, «повністю або частково знищити національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку».

Що стосується національного кримінально-правового регулювання відповідальності за геноцид у ст. 442 КК України, даний припис не повною мірою відповідає підходам Римського статуту, не враховує різниці між тяжким тілесним і «серйозним» тілесним ушкодженням, оминає увагою психічну шкоду. Тим не менш, за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 442 КК, а також при належному тлумаченні та аргументації, переслідування на національному рівні потенційно спроможне.

Паттерни ідентифікації СНПК

Разом із збиранням достатньої кількості інформації для документування всіх відповідних складових окремих злочинів, докази сексуального насильства як національного кримінального злочину або міжнародного злочину посилюються, якщо вони можуть продемонструвати, що окремі інциденти є складовою частиною певного паттерну злочину, тобто існують численні пов'язані інциденти зі спільними рисами. Це дозволить довести, що дані діяння є частиною єдиного магістрального курсу на вчинення таких порушень і вийти на принципово інший якісний рівень щодо розуміння ієрархії віддання наказів про дані злочини і можливостей притягнення винних осіб до відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Houge A. B. *Sexualized War Violence Subversive Victimization and Ignored Perpetrators. Masculinities in the Criminological Field / Masculinities in the Criminological Field. Control, Vulnerability and Risk-Taking.* Edited by Ingrid Lander, Signe Ravn, Nina JonRoutledge. 2014. 268 p.
2. Crawford Kerry F. *Wartime Sexual Violence: From Silence to Condemnation of a Weapon of War.* Washington, DC: Georgetown University Press, 2017. 224 p.
3. Matusitz J. *Gender Communal Terrorism or War Rape: Ten Symbolic Reasons,* *Sexuality & Culture*, vol. 21, n. 3. Springer, New-York, 2017, pp. 830–844
4. Brownmiller S. *Against Our Will: Men, Women, and Rape [1975].* Fawcett Columbine, 1993. 472 p.
5. *Women, Peace and Security Agenda.* Available at: <https://www.peacewomen.org/security-council/WPS-in-SC-Council>
6. Butler, Christopher K.; Neil J. Mitchell & Tali Gluch (2007) *Security Forces and Sexual Violence: A Cross-National Analysis of a Principal-Agent Argument,* *Journal of Peace Research* 44(6): 669–987
7. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement),* ICTR-96–4–T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998; *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Appeal Judgment),* ICTR-96–4–A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 June 2001
8. *Čelebići Camp, Prosecutor v Delalić (Zejnil) and ors (Trial Judgment),* Case No IT-96–21-T, ICL 95 (ICTY 1998), 16th November 1998; *Čelebići Camp, Prosecutor*

v Delalić (Zejnli) and ors (Appeal Judgment), Case No IT-96–21-A, ICL 96 (ICTY 2001), 20th February 2001

9. Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998; Prosecutor v. Anto Furundzija (Appeal Judgement), IT-95-17/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 21 July 2000

10. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96–23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001; Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment), IT-96–23 & IT-96-23/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 June 2002

11. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi (Trial Judgement), ICTR-2001–64-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 17 June 2004; Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor (Appeal Judgement), ICTR-2001–64-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 July 2006

12. The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana (Judgement and Sentence), ICTR- 95-1B-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 28 April 2005; Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor (Appeal Judgement), ICTR-95-1B-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 2007

13. Rules of Procedure and Evidence, ICC. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>

14. Elements of Crimes, ICC. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

15. Rome Statut of the International Criminal Court. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

Політова А. С.,

к.ю.н., доцент,

доцентка кафедри публічно-правових

дисциплін

Маріупольського державного

університету

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО ПІД ЧАС ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ В УКРАЇНІ

Проблема сексуального насильства під час збройного конфлікту не є новою для України, але з 24 лютого цього року вона набула особливої актуальності. Свідчення потерпілих від сексуального насильства, які зазнали його

з боку російських військових, свідків та інша інформація вказує на необхідність серйозного відношення до цієї категорії кримінальних правопорушень та недопущення помилок при кваліфікації таких протиправних діянь.

Починаючи з анексії Автономної Республіки Крим і військових дій у Донецькій та Луганських областях, проблема сексуального насильства під час збройного конфлікту була предметом досліджень, наприклад, «Чому сексуальне насильство під час збройних конфліктів є міжнародним злочином?», та проведенню низки наукових заходів, зокрема, круглого столу «Звільнені та забуті: проблеми осіб, що зазнали сексуального та гендерно обумовленого насильства в ході збройного конфлікту на сході України та зусилля влади та громадськості у їх вирішенні» (12 липня 2021 р.). Слід також відзначити, що на офіційному сайті Асоціації жінок-юристок України «ЮрФем» останнім часом з'являються публікації, присвячені сексуальному насильству в ході збройного конфлікту в Україні.

Але чи вирішить питання сексуального насильства під час збройного конфлікту публікації, дослідження, наукові заходи без належного аналізу правозастосовчої практики? З впевненістю можна сказати, що ні, адже проблеми кваліфікації таких кримінальних правопорушень викликають численні дискусії у колах науковців та працівників правоохоронних органів.

Збройний конфлікт для цивільного населення утворює небезпеку, а саме головне – порушує права та свободи людини. Відповідно до ст. 3 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 р., кожна людина має право на життя, на свободу і на особисту недоторканність. Але не варто ідеалізувати сучасний світ, де під час збройного конфлікту дотримуються прав і свобод людини. На міжнародному рівні вже визнано, що під час всіх без виключення збройних конфліктів, трапляється безліч випадків сексуальної експлуатації, сексуального насильства, примусової проституції та звалтування. Зокрема, у 1975–1979 рр. в Камбоджі червоні кхмери практично знищили 2 млн. власного населення, у тому числі, це відображалось через звірства, вчинені щодо жінок і дітей на сексуальному ґрунті. В 1994 р. у Руанді, під час геноциду тутсі, було знищено майже 1 млн. людей, при цьому скалічених і звалтованих десятки тисяч жінок. У 1991–2001 рр. під час югославських воєн, де загинуло близько 100 тис. людей, було зафіксовано сотні випадків сексуальних злочинів. Завдяки тому, що після війни в Боснії, саме боснійські жінки почали говорити про сексуальне насильство. Що ж стосується нашої держави, то станом на 20.05.2022 загальної кількості випадків сексуального насильства, вчинених російськими військовослужбовцями, точно не відомо, проте станом на кінець квітня 2022 р. зареєстровано 103 звернення про випадки гендерного та сексуального насильства на звільнених від російських

загарбників територіях. Серед осіб, яких було зґвалтовано, близько 30% – неповнолітні дівчата, 12 з яких зараз вагітні. Протягом 1 березня – 12 квітня 2022 р. до Abortion Dream Team – організації, яка належить до мережі правозахисних організацій Abortion Without Borders, звернулися 102 українки, які вийшли з України до Польщі, з вагітністю до 12 тижнів, яку хотіли перервати [1]. І кожного дня свідчень про такі випадків стає все більше.

Досліджуючи питання сексуального насильства під час збройного конфлікту, його необхідно вивчати як з точки зору міжнародного гуманітарного права, так і національного кримінального законодавства.

Що ж стосується міжнародного права, то зґвалтування під час збройних конфліктів визнається злочином проти людяності та розглядається як спосіб катувань. Зокрема, відповідно до ст. 7 (1) Злочини проти людяності Римського статуту Міжнародного кримінального суду, «злочини проти людяності» означають будь-яке з наступних діянь, коли вони здійснюються в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на будь-яких цивільних осіб, якщо такий напад відбувається свідомо:

- a) вбивство;
- b) винищення;
- c) поневолення;
- d) депортація чи насильницьке переміщення населення;
- e) ув'язнення або інше жорстоке фізичне позбавлення свободи порушення основоположних норм міжнародного права;
- f) тортури;
- g) *зґвалтування, звернення до сексуального рабства, примус до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-які інші форми сексуального насильства порівнянної тяжкості* (вид. – автором);
- h) переслідування будь-якої ідентифікованої групи чи спільності з політичних, расових, національних, етнічних, культурних, релігійних, гендерних, як це визначається у пункті 3, або іншим мотивам, які повсюдно визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом, у зв'язку з будь-якими діяннями, зазначеними в цьому пункті, або будь-якими злочинами, такими, що підпадають під юрисдикцію Суду;
- i) насильницьке зникнення людей;
- j) злочин апартеїду;
- k) інші нелюдські дії аналогічного характеру, які у навмисному заподіянні сильних страждань чи серйозних тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю [2].

Також відповідно до ст. 7 (2) (f) Римського статуту Міжнародного кримінального суду дано тлумачення лише терміну «примусова вагітність». При-

мусова вагітність – це «незаконне позбавлення волі будь-якої жінки, яка стала вагітною під примусом, з метою зміни етнічного складу населення або скоєння інших серйозних порушень міжнародного права. Це визначення в жодному разі не тлумачиться як таке, що впливає на національне законодавство, що стосується вагітності» [2]. Ця дефініція містить 3 кумулятивні вимоги:

- 1) жертва має бути незаконно позбавлена волі обвинуваченою особою;
- 2) жертва має примусово завагітніти (хоча й не обов'язково у зв'язку з діями обвинуваченого);
- 3) обвинувачений діяв з одним з двох конкретних намірів (*mens rea* включає *dolus specialis* (спеціальний умисел) [3].

Окрім того, Женевські конвенції 1949 року, Додаткові протоколи до них та звичаєві норми забороняють звалтування, катування, жорстоке або нелюдське поводження і покарання, посягання на людську гідність, примус до проституції та вимагають дотримання поваги до особи та її честі. Ця заборона діє як під час міжнародних, так і неміжнародних збройних конфліктів.

Так, ст. 14 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 року передбачає, що військовополонені «за всіх обставин мають право на повагу до їхньої особи й честі» і що «з жінками необхідно поводитися з усією повагою, зумовленою їхньою статтю» (вид. – автор) [4]. У ст. 27 Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни 1949 року передбачено, що «жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від звалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню гідність» (вид. – автор) [5].

У ст. 75 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів 1977 року, передбачено заборону «знуцання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примус до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі» (вид. – автор) [6]. Стаття 76 надає жінкам безпосередній захист від «звалтування, примусу до проституції і будь-яких інших форм непристойних посягань» [6], а стаття 77 гарантує захист дітей «від будь-якого роду непристойних посягань» (вид. – автор) [6].

Таким чином, можна відзначити, що норми міжнародно-правових актів гарантують захист від сексуального насильства під час збройного конфлікту.

Що ж стосується національного законодавства – КК України, то позиція щодо кваліфікації таких кримінальних правопорушень мала двояку тенденцію – незважаючи на введення воєнного стану із 05 години 30 хвилин 24 лютого 2022 року строком на 30 діб (Указ Президента України від 24 лютого 2022 року № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні»), який було

продовжено Указами Президента України від 14 березня 2022 року № 133/2022, від 18 квітня 2022 року № 259/2022, від 17 травня 2022 року № 341/2022 «Про продовження строку дії воєнного стану в Україні», у багатьох випадках кваліфікували за статтями Розділ IV. Кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, а після – ст. 438. Порушення законів та звичаїв війни Розділу XX. Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку КК України.

Стаття 438 КК України встановлює відповідальність за жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, *інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами* (вид. – автор), згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій. Саме у словосполучення «інші порушення законів та звичаїв війни» ми відносимо і сексуальне насильство.

Проте, чи є ця норма досконалою? Напевно ні, адже жваві дискусії не тільки працівників правоохоронних органів, а й науковців свідчать про певні проблеми у її конструкції, зокрема, на нашу думку, саме із тлумаченням «інші порушення законів та звичаїв війни». Так, зокрема, висловлюється точка зору, що законодавець закріпив караність також інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Під цими діями треба розуміти всі інші порушення міжнародних правил ведення війни, зокрема такі: використання не за призначенням прапора перемир'я чи національного прапора, використання підданих ворожій державі проти їхньої країни, навіть якщо вони перебували на військовій службі в цій державі до початку воєнних дій, здійснення збройних нападів на цивільні об'єкти, насильницьке переміщення цивільного населення у межах окупованої території чи поза нею тощо [7]. Таке тлумачення дозволяє відзначити, що автори цього коментаря не віднесли згвалтування, звернення до сексуального рабства, примус до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-які інші форми сексуального насильства порівнянної тяжкості до цих кримінально протиправних діянь.

Підводячи підсумок, ми хотіли би відзначити, що, на нашу думку, лише аналіз вироків суду та комплексне дослідження практики застосування працівниками правоохоронних органів цієї норми, дозволить визначити існуючі недоліки. Також час, коли кримінальне право розглядалося як лише національ-

не утворення вже залишився позаду. Реалії, в яких опинилися правоохоронна система України, змушують переглянути існуючі підходи та поглиблюватися в аналіз правозастосовчої практики зарубіжних країн, особливе там, де мали місце збройні конфлікти і випадки сексуального насильства. Нас чекає не тільки удосконалення Закону про кримінальну відповідальність, а й зміна підходів до практики застосування окремих його норм.

Список використаних джерел:

1. Жертви зґвалтування з України та відсутність доступу до абортів у Польщі. «Це викликає у них великий стрес». URL: <https://polshchi.pl/zhertvi-zgvaltuvannya-z-ukrayini-ta-vidsutnist-dostupu-do-abortiv-u-pol-shi-ce-viklikae-uh-nih-velikij-s-6759922169232192a> (дата звернення 20.05.2022).

2. Римський статут міжнародного уголовного суда. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text (дата звернення 20.05.2022).

3. Желтуха М. Міжнародні стандарти і сексуальне насильство під час збройних конфліктів. URL: <http://jurfem.com.ua/mizhnarodni-standarty-i-seksualne-nasylstvo/> (дата звернення 20.05.2022).

4. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text (дата звернення 20.05.2022).

5. Конвенція про захист цивільного населення під час війни. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення 20.05.2022).

6. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення 20.05.2022).

7. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК). URL: https://pidru4niki.com/1582070860128/pravo/porushennya_zakoniv_zvichayiv_viyini_438 (дата звернення 20.05.2022).

Федоровська Н. В.,
*старший науковий співробітник
наукової лабораторії з проблем
превентивної діяльності та запобігання
корупції Національної академії
внутрішніх справ*

СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО ЯК ВОЄННИЙ ЗЛОЧИН

Особливої актуальності у розрізі воєнних злочинів набувають статеві злочини. Зґвалтування почали вважатися військовими злочинами лише на-

прикінці 90-х. Як країни-агресори використовують сексуальну наругу, як зброю у війні. Насильство щодо жінок під час збройних конфліктів є однією з поширених тактик війни. За даними ООН, у війнах потерпають від сексуального насильства 18–40% жінок та дівчат.

Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом – окремі випадки або типові прояви практики зґвалтування, сексуального рабства, примусу до проституції, примусової вагітності, примусової стерилізації та інших форм сексуального насильства порівнянної відповідних моделей поведінки, у тому числі використання цієї поведінки як військової тактики або як засобу політичного залякування з боку, скоєного сторонами конфлікту, які включають у себе і державні, і недержавні суб'єкти [1].

Жертвами сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, є ті, хто індивідуально або разом з іншими особами були піддані такому насильству (особи, які пережили насильство), а також члени їхніх сімей, зокрема, діти, батьки або партнери, діти, які народилися після вагітності внаслідок зґвалтування, а також інші особи, які залежать від жертви.

Женевською конвенцією про захист цивільного населення під час війни заборонено відповідно до статті 3 насилля над життям й особистістю, зокрема всі види вбивства, а статті 27 жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність [2]. Додатковий протокол № 1 від 08.06.1977 до Женевської конвенції щодо захисту жертв міжнародних збройних конфліктів статтею 76 «Захист жінок» підкреслює, що жінки, користуються особливою повагою і їм забезпечується захист, зокрема, від зґвалтувань, примусу до проституції і будь-яких інших форм непристойних посягань.

Пекінська декларація і Платформа дій, один з найважливіших міжнародних документів у сфері гендерної рівності, зазначає, що «порушення прав людини щодо жінок у ситуаціях збройного конфлікту є порушенням фундаментальних принципів міжнародно визначених прав людини та міжнародного гуманітарного права» [3].

Відповідно до статті 36 Стамбульської конвенції «Сексуальне насильство, зокрема зґвалтування» передбачає:

а) здійснення, без згоди, вагінального, анального або орального проникнення сексуального характеру в тіло іншої особи з використанням будь-якої частини тіла або предмета;

б) здійснення, без згоди, інших актів сексуального характеру з особою;

с) примушування іншої особи до здійснення, без згоди, актів сексуального характеру з третьою особою.

Згоду повинно бути надано добровільно як результат вільного волевиявлення особи, отриманого в контексті супутніх обставин [4, с. 35–36].

Зґвалтування є однією з форм катування, на прикладі рішень Європейського суду з прав людини у справах «Andin v Turkey» 1997 р., «М. С. v Bulgaria» 2003 р., «Maslova and Naldandov v Russia» 2008 р. [5].

В умовах війни сексуальне насильство стає дедалі більш поширеним. Тому національне законодавство встановлює особливу відповідальність за насильство, вчинене в умовах війни.

З позиції кримінального законодавства вважається, що вчинення злочину з використанням умов воєнного стану належить до обставин, які обтяжують покарання.

В свою чергу, до злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством, Кримінальний кодекс відносить такі правопорушення:

- **зґвалтування** (стаття 152 КК України) – будь-який вид примусового сексу, коли має місце проникнення в тіло людини;

- **сексуальне насильство** (стаття 153 КК України) – спроба інтимного зближення всупереч волі особи, обійми, щипання, поплескування по тілу тощо;

- **примушування до вступу в статевий зв'язок** (стаття 154 КК України) – схилення особи в інтимний зв'язок за допомогою погроз, матеріальної чи службової залежності потерпілої від винуватця.

Ключовою умовою для настання відповідальності за будь-який прояв сексуального насильства є відсутність добровільної згоди потерпілої.

Навіть якщо потерпіла надала начебто «добровільну згоду», але при цьому була в матеріальній чи іншій службовій залежності від кривдника, то в такому разі вважається, що добровільної згоди не було, а тому такі дії є злочином.

Людина зі зброєю має завжди більше влади. Тому для кваліфікації зґвалтування на війні не обов'язкове безпосереднє застосування фізичної сили. Достатньо створення умов, за яких відмовитися від сексу небезпечно для життя чи здоров'я, або існують обґрунтовані підозри, що це призведе до серйозних негативних наслідків для людини чи її близьких.

Крім цього, кримінальне законодавство України передбачає відповідальність за сексуальне насильство, *потерпілими від якого є малолітні чи неповнолітні особи.*

Така відповідальність передбачена в низці статей Кримінального кодексу України, а саме в статтях 155, 156, 156–1.

Ключові аспекти цих статей:

– будь-які статеві зносини з дитиною, яка не досягла 16 років є злочином. Такі статеві зносини є злочином у випадку, якщо вони вчинені повнолітньою особою;

– підготовка дитини до сексуального насильства, що вчинене повнолітньою особою шляхом використання мережі Інтернет, зокрема пропозиція зустрічі, обговорення з дитиною інтимних питань для подальшого вчинення сексуального насильства або виготовлення дитячої порнографії є злочином (стаття 156–1 КК України);

– вчинення будь-яких сексуальних дій щодо особи, яка не досягла 16 років у вигляді фізичного характеру (оголення статевих органів, непристойні дотики, задоволення статевої пристрасті неприродним способом тощо) або інтелектуального характеру (розповіді на сексуальні теми, демонстрація порнографічних предметів) вважається розбещуванням неповнолітніх (стаття 156 КК України) [6].

Національний план дій з виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки, мир, безпека» на період до 2025 року спрямований на забезпечення протидії насильству за ознакою статі та сексуальному насильству, пов'язаному з конфліктом оскільки під час тривалих конфліктів збільшуються ризики потрапляння насамперед жінок і дівчат у ситуації торгівлі людьми, сексуального насильства, зґвалтування [7].

Європейський парламент рішуче засудив сексуальне насильство щодо українських жінок в охопленій війною країні та ЄС. Депутати Європарламенту в Страсбурзі 5 травня 2022 року засудили «найрішучішим чином використання сексуального та гендерного насильства як зброєю війни». У необов'язковій резолюції, за яку проголосувала переважна більшість євродепутатів, вони також наголосили, що це воєнний злочин.

Крім сексуального насильства щодо жінок в Україні, Парламент ЄС розкритикував напади в центрах приймання біженців у країнах Європейського Союзу. Європарламентарі висловили «занепокоєння дедалі більший числом повідомлень про торгівлю людьми, сексуальне насильство, експлуатацію» жінок і дітей, які біжать з України, в Європі [8].

Україна розширює співпрацю з ООН щодо запобігання та ефективного реагування на сексуальне насильство під час війни. Як зазначила Катерина Павліченко, заступниця Міністра внутрішніх справ України: «Статеві злочини – це пряма зброя ворога проти цивільного населення.

Сексуальне насильство більше не розглядається як неминучий «побічний ефект» війни. Світова спільнота розуміє, що це злочини, яким можна запобігти та покарати винних відповідно до норм міжнародного права та міжнародного кримінального права». Також було підписано Меморандум про співробітництво між Урядом України та United Nations щодо запобігання та протидії сексуальному насильству в умовах конфлікту, зокрема посилення захисту від сексуального насильства вимушено переміщених осіб.

У Міжнародному протоколі з документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті визначають такі основні мотиви агресора:

- сексуальне насильство може набувати масового характеру та скоюватися проти багатьох осіб, будучи стратегією досягнення військових цілей. У цьому випадку сексуальне насильство є частиною широкомасштабного нападу на цивільне населення, або актів геноциду;

- сексуальне насильство можуть застосовувати з метою послаблення громади та отримання контролю над нею. Його використовують, щоб покарати або знищити певну групу, тероризувати її членів, помститися їм, змусити покинути територію та поширити повідомлення про напади;

- сексуальне насильство може виступати як форма катувань у місцях тримання під вартою, в'язницях та слідчих ізоляторах. Застосовуючи його, агресор має на меті покарати, принизити, залякати постраждалих або шляхом примусу домогтися інформації від затриманих;

- інший мотив – спроба вплинути на окремих людей через їхні конкретні функції, роль або посаду в громаді – наприклад, на лідерів або активістів. Члени їхніх сімей також можуть піддаватися нападу як виду покарання, примусу надати інформацію про діяльність або місцеперебування близьких;

- до сексуального насильства можуть вдаватися з метою об'єднання солдатів та бійців: скоєння його над цивільними або членами ворожих сил у цьому разі виступає винагородою, ритуалом ініціації або методом, за яким молоді члени групи стають співучасниками злочинів (і таким чином стають прив'язаними до більшої групи);

- також сексуальне насильство може здійснюватися як частина ритуальних або шкідливих колективних практик, наприклад, у віруваннях, що статеві зносини – часто з незайманими та/або дітьми – наділяють бійців особливою силою, непереможністю або є зціленням від хвороб.

Будь-яке сексуальне насильство – крім зґвалтування, це можуть бути погрози зґвалтування, каліцтва статевих органів, примусові оголення, вагітність, аборт, проституція, примус дивитися на сексуальну наругу, сексуаль-

не рабство тощо – є воєнним злочином, порушенням законів та звичаїв війни [9, с. 29–30].

Відповідно до Угоди, ООН надаватиме допомогу правоохоронним органам України у розслідуванні фактів сексуальних злочинів російських окупантів та постраждалим від сексуального насильства під час війни. Передбачено створення спеціалізованих центрів надання допомоги та напрацювання єдиної методології роботи в таких центрах [10].

Для ефективнішого реагування на випадки сексуального насильства, пов'язаного з війною, UNFPA надаватиме допомогу українським правоохоронцям у документуванні сексуальних злочинів, вчинених російськими окупантами, а також постраждалим. На Київщині та Сумщині функціонує спеціалізована поліцейська мобільна група для виявлення та розслідування фактів сексуального насильства проти мирних жителів. Поліцейські спільно з психологами проводять бесіду з цивільним населенням, опрацьовують інформацію про ймовірні випадки зґвалтувань та інших злочинів сексуального характеру, надають психологічну допомогу. Далі такі групи будуть масштабуватися та працювати на інших деокупованих територіях [11].

За даними МВС України з початку повномасштабного вторгнення, слідчі Національної поліції України зафіксували вже понад 12 тисяч воєнних злочинів, які не мають терміну давності. На даний час американська компанія «Hala Systems» (спеціалізується на аналітиці даних та штучному інтелекті) співпрацює з міжнародними механізмами підзвітності та фіксації воєнних злочинів, зокрема зі Спеціальною комісією об'єднаних націй, Міжнародним незалежним слідчим механізмом об'єднаних націй, Організацією по забороні хімічної зброї, а також з Міжнародним кримінальним судом [12].

На відміну від інших форм насильства, які відбуваються під час кризи, інформація про сексуальне насильство часто є недостатньо висвітленою та неповністю задокументованою. Жертви сексуального насильства стикаються зі значними труднощами у доступі до послуг, механізмів правосуддя та інших постконфліктних засобів правового захисту.

Уповноважена Верховної Ради України з прав людини Людмила Денісова поінформувала, що впродовж за добу отримали 56 дзвінків, «лише за одну годину, через пережите сексуальне насильство, звернулися 10 осіб, з них 8 – зґвалтовані неповнолітні. У тому числі двоє хлопчиків 10 років» та навела приклади звірств росіян, серед яких:

– трійнята 9 років, дівчата. Зґвалтовані рашистами, мають тяжкі травми статевих органів. Усе це на очах у матері, вона у шоківому стані;

- звернулася мама, на її очах дев'ятимісячну донечку згвалтували свічкою;
- одnorічного хлопчика гвалтували двоє, помер;
- дівчинка двох років, гвалтували двоє, залишилася живою;
- згвалтовані чоловіки 67 та 78 років [13].

Жінки та чоловіки, люди похилого віку, діти й навіть немовлята – свідчення очевидців та постраждалих свідчать, що ніхто не застрахований від ризику сексуального насильства.

Сексуальні злочини – дуже латентні, про це не хочеться говорити та навіть згадувати. Це рана, яка потребує довгого комплексного лікування. Перед нами стоять складні виклики, які потребують часу та зусиль.

Вчинене як воєнний злочин, злочин проти людяності та (або) акт геноциду чи будь-яке інше порушення міжнародного права, сексуальне насильство часто є частиною трагічної та жорстокої моделі злочинних дій, скоєних стосовно осіб чоловічої та жіночої статі, зокрема дітей, в конфлікті.

Те що відбувається сьогодні – геноцид українського народу з особливою жорстокістю, порушення не лише норм міжнародного гуманітарного права, а й самої його суті, моралі цивілізованого світу. Але ми переможемо цю війну на всіх фронтах. Жодних сумнівів!

Список використаних джерел:

1. Резолюція 1960 (2010), ухвалена Радою Безпеки на її 6453-му засіданні, 16 грудня 2010 року. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_j17#Text
2. Конвенція про захист цивільного населення під час війни (Женева, 12 серпня 1949 року) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text
3. Пекінська декларація: прийнята на четвертий Всесвітній конференції зі становища жінок 15 вересня 1995 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_507#Text
4. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами Відкрита для підпису в Стамбулі (Туреччина) 11 травня 2011 р. 87 с. URL: <https://rm.coe.int/1680093ddb>
5. European Court of Human Rights. URL: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fre>
6. Кримінальний кодекс України від 05 квітня 2001 р. № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/paran976#n976>
7. Національний план дій з виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки, мир, безпека» на період до 2025 року: затв. розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28 жовтня 2020 р. № 1544-р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1544-2020-%D1%80#Text>

8. У Європарламенті засуджують сексуальне насильство щодо жінок з України (06.05.2022). URL: <https://www.epochtimes.com.ua/novyny-suspilstva/u-yevroparlamenti-zasudzhuyut-seksualne-nasyilstvo-shchodo-zhinok-z-ukrayiny-143035>

9. Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті (березень 2017). 328 с. URL: https://womenua.today/UWC-library/unwomen/37-International_Protocol_2017_2nd_Edition_UKR.pdf

10. Україна розширює співпрацю з ООН щодо запобігання та ефективного реагування на сексуальне насильство під час війни, – МВС (03.05.2022). URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/ukrayina-rozshiryuye-spivpracyu-z-oon-shchodo-zapobigannya-ta-efektivnogo-reaguvannya-na-seksualne-nasilstvo-pid-chas-vijni-mvs>

11. МВС та UNFPA нарощує співпрацю щодо ефективного реагування на сексуальне насильство в умовах війни (13.05.2022). URL: <https://mvs.gov.ua/news/mvs-ta-unfpa-naroshhuje-spivpracyu-shhodo-efektivnogo-reaguvannya-na-seksualne-nasilstvo-v-umovax-viini>

12. Масив інформації про кожен факт воєнних злочинів, вчинених рф, важливо структурувати та пріоритизувати, – Катерина Павліченко (19.05.2022). URL: <https://mvs.gov.ua/uk/news/masiv-informaciyi-pro-kozen-fakt-vojennix-zlociniv-vcinenix-rf-vazlivo-strukturuvati-ta-prioritizuvati-katerina-pavlicenko>

13. Зі звільнених територій Харківщини надходять масові повідомлення про сексуальні злочини росіян, – Денісова (19.05.2022). URL: https://lb.ua/society/2022/05/19/517374_zi_zvilnenih_teritoriy_harkivshchini.html

*Запорожець А. А.,
аспірантка кафедри кримінального права
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого*

АКТИ РБ ООН ЯК ДЖЕРЕЛО МІЖНАРОДНОГО ЗАХИСТУ ОСОБИ ВІД СЕКСУАЛЬНОГО НАСИЛЬСТВА ПІД ЧАС ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ

Сьогодення карає світ за недоліки законодавства та встановлює нові стандарти, як реакцію на нові виклики. Питання використання норм міжнародного кримінального права в рамках публічного кримінального права у сфері захисту від сексуального насильства під час збройного конфлікту стає дедалі більш актуальним. Оскільки під час війни межа закону досить часто нівелюється її учасниками та покарання винного виходить за межі територіальної юрисдикції держави. Важливість міжнародно-правового

регулювання демонструє нам історія та страшні події які відбуваються під час війни з росією у нашій Державі.

Історія людства, на жаль, циклічна і повторюваності набувають жакливі помилки людства. У сьогоднішній злочинній поведінці російських окупантів на території нашої держави можна знайти відлуння «доктрини підкорення». Ще за часів Другої світової війни, коли міжнародне-кримінальне право перебувало на етапі свого становлення яскравого прояву набула найжорстокіша, на мій розсуд, «Доктрина підкорення». Вона сконструйована шляхом викривлення загальновизнаних положень міжнародного права, щодо окупаційного режиму на тимчасово підкорених територіях.

Згідно з цією жорстокою доктриною доля окупованих територій та його населення знаходилась повністю в руках окупантів. Не зважаючи на те, що доктрина втратила своє юридичне виправдання ще на початку 17 століття, коли зароджувалися звичаї війни. Свого закріплення заборона її використання набула лише у Гаазькій конвенції 1907 р., з-поміж основних законів війни, було зазначено заборону для окупантів змушувати населення зайнятої області до присяги на вірність ворожій державі. Встановлювалося, що окупація не означає ліквідацію суверенітету держави над тією частиною території, яка зазнала окупації.

Тобто дії окупантів повністю обмежені законами держави та міжнародного публічного права. Однак, не дивлячись на встановлену та чітко окреслену міжнародну заборону та зважаючи на відсутність дієвих заходів міжнародного впливу, «доктрина підкорення» використовувалася офіційними нацистськими захисниками на судових процесах у справах про військові злочини задля їх виправдання. Фактично вона використовувалась для узаконення їхніх злочинів. Як зазначав Л. Оппенгейм, то на території зайнятій стороною, що воює, окупант міг поступати, з нею та її населенням, на свій розсуд. Він міг знищувати вогнем і мечем усі зайняті ним території. [1] Такі дії, ставлення до населення та повне нівелювання міжнародних приписів та звичаїв війни призводило до найжорстокіших військових злочинів у тому числі й у формі сексуального насильства.

На процесах у Нюрнберзі у справі «ІГ Фарбеніндустрі», дублювалася думка Міжнародного Військового Трибуналу, а саме: «Доктрина підкорення вважається незастосовною у тих випадках, коли все ще відбуваються військові дії, які направлені на відновлення цілісності держави за окупованою країною». Тому, доки держава боронить свої кордони, ні про яке підкорення не може йти мови. До того ж сама доктрина повністю нівелюється нормами міжнародного права.

Не зважаючи на усі ці тези, ми бачимо, як російські військові поводять себе на окупованих територіях України та чим більше доказів їх злочинів збираються та крові українців проливається, тим очевиднішим стає факт їх повного нівелювання норм не тільки міжнародного кримінального права, а й взагалі міжнародного публічного права.

Коли зникає закон людина залишається сам на сам зі своєю мораллю. Всередині кожного знаходяться особисті терези Феміди, які попри закон повинні спрацьовувати та розмежовувати заборони та дозволи. Підвалини моралі виховуються у людині з дитинства її батьками, оточенням, державою. Вони формують та прищеплюють правила, без яких впорядкування суспільства є неможливим. Влучно Адам Сміт порівняв мораль із правилами граматики, адже вони встановлюють те, що потрібно для збереження мови як засобу спілкування, так само як правила моралі встановлюють необхідне для суспільного життя. [2]

Усі елементи життєдіяльності людини та її організму, пов'язані із біологічними та фізіологічними аспектами та всією іншою багатоманітністю видів людського існування повинні реалізовуватись у межах моральних рамок не тільки особи, а й суспільства. Адже кожен індивід несе в собі певний спосіб освоєння та упорядкування дійсності відповідно до своїх потреб та з певним набором особистих цінностей, які формуються вихованням та особистим досвідом. Крім цього воно повинно узгоджуватись із нормами моралі інших осіб та мати певну долю альтруїзму.

Як зазначав Ш. Летурно, альтруїзм є моральним фундаментом, без якого будь-який соціальний осередок приречений на загибель [3, с.135]. Співжиття людей у суспільстві, тим паче під час особливих кризових ситуацій, таких як збройні конфлікти зумовлює потребу у взаємодопомозі, повазі, співчутті та окресленні найважливіших цінностей. Погоджуюсь із думкою філософа Г. Гужицького, який зазначав, що моральне почуття прагне обмежити недоброчинливі та егоїстичні імпульси, надати розвиток імпульсам доброзичливості, якостям які можуть бути з'єднаними в одне загальне поняття самовладання: мужності, поміркованості, розсудливості. [4, с.6] Вони є певним життєвим компасом, завдяки якому в особи утверджується свобода, її міра та відповідальність. Щодо переліку моральних цінностей, які неможливо нівелювати за будь-яких обставин йдуть наукові дебати, однак безсумнівними залишаються базові – життя, свобода, рівність та недоторканність. Під час війни моральні рамки людини проявляються найяскравішим чином.

У цій роботі відбувається аналіз та роздуми безпосередньо щодо випадків, коли суспільна мораль та індивідуальна знижується до рівня тварин-

ного. Коли поведінкові акти, явно нівелюють моральні аспекти і ставлять їх на рівень, іноді нижче «законів» тваринного світу. Однак, саме під час війни, коли лютує насильство та жорстокості – відроджуються нові грані справедливості. Цей процес зумовлений конкретною необхідністю – захист та відновлення балансу чеснот у світі. Єдині важелі контролю рівня справедливості та дотриманням людиною моральних основ є право та закон, який органічно співіснує із мораллю. Так, ще юристи Стародавнього Риму зазначали, що: «Добра совість надає власнику стільки ж, скільки істина, оскільки закон тому не перешкоджає». [5, с.351]

Саме у нормах міжнародного кримінального права моральні цінності, звичаї, доктрина та внутрішньодержавні акти отримують відповідний рівень деталізації та оформлення на міжнародній арені під час збройних конфліктів. Завдяки позитивним важелям впливу створюються умови людського співіснування у світі та контролю за їх дотриманням. Встановлення такого важеля впливу, як міжнародна кримінальна відповідальність – корегує поведінку суб'єктів та окреслює визнані світові рамки такої поведінки. Право виступає дзеркалом людських цінностей, які у ньому закріплюються, а міжнародне право віддзеркалює світові загальні межі співіснування його суб'єктів у світі задля збереження миру та безпеки.

Під час збройних конфліктів вчиняються найжорстокіші злочини проти людства. До них слід віднести й злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості. Суспільна небезпечність такого діяння безпосередньо пов'язане із насиллям та воно може потягнути за собою особливо тяжкі наслідки: вплив на фізичний та психічний розвиток неповнолітньої особи, фізичне та психічне здоров'я повнолітньої людини, також розповсюдження та нормалізація жорстокості, агресії та зниження культурного рівня суспільства тощо. З огляду на такі ризики, на міжнародному рівні регулювання передбачено низку міжнародно-правових норм спрямованих на захист.

Питанням міжнародного захисту особи від сексуального насильства займалась низка таких науковців та науковиць, серед яких: О. О. Дудоров, О. В. Харитонова, С. В. Романцова, А. О. Джуца, А. Н. Ігнатов.

Задля проведення подальшого аналізу однієї із найважливіших категорій норм міжнародного кримінального права слід встановити його роль у правовій системі. Загалом ідея міжнародного кримінального права у науковому колі сприймається досить неоднозначно. Серед наукових робіт можна знайти різні точки зору. Самостійність міжнародного кримінального права серед галузей права у своїх роботах доводять А. А. Музика, Г. В. Ігнатенко, О. І. Тіунов. Інші фахівці, серед яких В. П. Панов, Т. Л. Сироїд відстоюють точку

зору щодо віднесення до окремої галузі міжнародного публічного права. Так, не можна не погодитись із думкою науковця В. О. Навроцького, котрий зазначає що міжнародне кримінальне право є комплексною галуззю, що включає інститути міжнародного та національного кримінального права. [6, с. 709–711] Адже саме низка таких ознак, як нормативно-правові джерела, спеціальне коло суб'єктів, особливі заходи впливу та їх реалізація від імені міжнародної спільноти відокремлює міжнародне кримінальне від національного кримінального права.

Проблематика співвідношення та використання джерел міжнародного кримінального права та публічного кримінального права досить цікаво висвітлена у дисертаційному дослідженні А. С. Сохіякян. Науковиця поділяє норми міжнародного права на самовиконувані та несамовиконувані. Самовиконуваними є норми міжнародного права, які містять кримінально-правову норму є джерелом кримінального права. Несамовиконувані норми міжнародного права можуть бути джерелом кримінального права лише за умови їх ратифікації та імплементації в українське кримінальне законодавство. [7, с.51]

Щодо відмежування від міжнародного публічного права, то одна з основних відмінностей полягає у предметі міжнародного кримінального права. Предмет, на думку науковців, являє собою кримінально – каране діяння фізичних осіб (якщо вони зачіпають інтереси кількох держав чи міжнародної спільноти); тяжкі порушення міжнародного права, що тягнуть визнання злочинною певну державу (агресія, геноцид тощо); порушення певних міжнародних стандартів у галузі захисту прав людини, яких держави повинні дотримуватись при розробленні та застосуванні внутрішнього права (наприклад рекомендації про скасування чи обмеження смертної кари). [8, с.9–11] Звісно ж, існують сфери спільного регулювання. Такі як, геноцид, порушення законів та звичаїв війни, застосування зброї масового знищення та інші. Надалі мною буде розглянуто та проаналізовано норми міжнародного кримінального права, як відокремленої галузі права. Яка має безпосередній вплив на національне законодавство, зокрема кримінальне право.

Так, принцип універсального застосування до жінок прав і принципів, які стосуються рівності, безпеки, свободи, недоторканності і гідності людей закріплені у низці міжнародно-правових актів. У Загальній декларації прав людини, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок, Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, Європейській конвенції про запобігання катуванням чи не-

людському або такому, що принижує гідність поведженню чи покаранню, Декларації про захист усіх осіб від насильницьких зникнень.

Резолюцією 3318 (XXIX) від 14 грудня 1974 року Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй (далі – Генеральна Асамблея ООН) проголосила Декларацію про захист жінок і дітей при надзвичайних обставинах та під час збройних конфліктів. Вона містить заклик до держав, які не є учасниками збройного конфлікту докладати всіх зусиль, для того, щоб уберегти жінок і дітей від руйнівних наслідків війни. Домогтись заборони щодо них таких заходів, як катування, принизливе поведження та насильство.

У Декларації Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) щодо викорінення насильства щодо жінок, прийнятої 20 грудня 1993 р. надано визначення насильства проти жінок у ст. 1 як будь-який акт насильства, здійснений за ознаками статі, який завдає або може завдати фізичної, сексуальної чи психічної шкоди або страждання жінкам, а також загрози здійснення таких актів, примус чи свавілля позбавлення волі як у громадському, так і в приватному житті.

Війни у Руанді, Ліберії, ДРК, Боснії та Герцеговині привернули увагу міжнародної громадськості до сексуального насильства під час збройного конфлікту. ООН та інші міжнародні організації зафіксували та повідомили про такі злочини, як гвалтування, сексуальне рабство, примусове зачаття та передачу ВІЛ/СНІД через сексуальне насильство. [9] Саме після цих страшних історичних подій постала нагальність потреби регулювання Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй (далі – РБ ООН) питання жінок, миру та безпеки.

Резолюція РБ ООН 1325 була схвалена в жовтні 2000 р., під час головування Намібії. Саме цей акт вплинув на розуміння гендерних питань у розрізі миру та безпеки, рівності та актуалізації гендерного підходу у діяльності не тільки ООН та РБ ООН, а й НАТО.

Резолюція зосереджена на 4 основних аспектах: 1) участь жінок на всіх рівнях – національному, регіональному та міжнародному – в мирних процесах і в безпековій політиці; 2) загальний захист жінок і їх прав під час і після збройного конфлікту, зокрема від сексуального насильства; 3) запобігання наслідкам збройного конфлікту для жінок і визнання їх ролі як складової частини заходів із запобігання конфліктам; 4) розбудова миру, яка іноді має назву «допомога та реабілітація», що підкреслює особливі потреби і пріоритети жінок і дівчат, які треба враховувати на етапі постконфліктної відбудови. Усі ці аспекти відбивають головним чином, те що мобільність жінок та їх здатність захистити себе під час і після конфлікту у великій кількості випадків є обмеженими. Загалом резолюція закликає розглянути вищезазначені аспекти на наднаціональному рівні та розробити плани дій. Станом на 28 жовтня

2020 року план дій з виконанням мають 36 країн. Україна посідає 105 місце зі 167 країн за Індексом ООН зі становища жінок, миру і безпеки.

У рекомендації Комітету міністрів Ради Європи Rec 5 (2002) від 30 квітня 2002 року про захист жінок від насильства, було закликано уряди держав-членів переглянути своє законодавство задля гарантування жінкам визнання, користування, здійснення і захист прав людини й основних свобод. Держави мають заохочувати діяльність неурядових організацій, спрямованих на боротьбу з різними формами насильства щодо жінок.

Наступним документом у цій сфері є Резолюція РБ ООН 1820, яка була прийнята у серпні 2008 року. Основним завданням акту є викорінення сексуального насильства під час війни і після збройних конфліктів. Тобто, заклик до так званої нульової терпимості до сексуальної експлуатації. Вона підкреслює рівень небезпеку сексуального насильства для національної безпеки. До того ж документ визначив, що зґвалтування та інші акти сексуального насильства можуть бути воєнними злочинами, злочинами проти людяності або діяннями у межах геноциду та містить заклик до вчинення всіх дій щодо притягнення державами до відповідальності за скоєння таких злочинів.

Надалі у вересні 2009 року була ухвалена Резолюція РБ ООН 1888. Саме цим актом було запроваджено посаду Спеціального представника Генерального секретаря ООН з питань сексуального насильства під час конфлікту.

Резолюція РБ ООН 1889, жовтень 2009 р., визначила потребу та встановили вимогу до держав імплементувати та дотримуватись Резолюції 1325.

У липні 2010 року Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 64/289 було створено у межах ООН – Структуру ООН з питань гендерної рівності та розширення прав і можливостей жінок. Структура об'єднала усі колишні інститути ООН, які регулювали питання щодо жінок. Метою її створення було покращення становище жінок у різних країнах.

Наступні дві Резолюції 1960 та 2106 доповнили вже чинні акти реакційними діями ООН на сексуальне насильство під час збройних конфліктів. У Резолюціях наголошено на Міжнародному кримінальному суді та його меті покласти край безкарним діям та створенні стримувальних чинників. До того ж в акті відзначається, що сексуальне насильство в умовах збройного конфлікту та у постконфліктних ситуаціях більше зачіпає жінок та дічат, але також має значний вплив на чоловіків та хлопців.

Так, зокрема серед 6 тис. осіб, які утримувались у концтаборах у Сараєвському кантоні, було 5 тис. чоловіків і 80% із них стали жертвами сексуального насильства, а саме зґвалтувань. Про ці жахливі випадки ООН повідомило під час конфлікту в колишній Югославії.

Подальша Резолюція РБ ООН 2122 була повністю поглинута ідеєю важливості жінок у керівних органах усіх рівнів та їх залучення до забезпечення миру та безпеки.

Декларацію групи країн G8 щодо запобігання сексуальному насильству в умовах конфлікту і Декларацію щодо зобов'язання припинити сексуальне насильство в умовах конфлікту було розроблено Офісом Спеціального представника Генерального секретаря ООН з питань сексуального насильства під час конфлікту та прийнято у 2013 році. Метою цих актів є сприяння запобіганню та припиненню сексуального насильства в умовах збройного конфлікту. Саме у них містяться заклики до притягнення до відповідальності осіб, котрі вчинили ці злочини та визнання сексуального насильства одним із найсерйозніших порушень міжнародного гуманітарного права.

Наступним важливим актом у забезпеченні захисту жінкам, миру і безпеці є Резолюція РБ ООН 2242, ухвалена у жовтні 2015 р.. У порівнянні з попередніми актами, розглядувана резолюція має найбільш комплексний характер. Крім того, вона посилює зобов'язання поєднувати гендерний аналіз чинників і наслідків насильницького екстремізму та закликає до глибших консультацій з організаціями жінок, які потерпають від такого насильства.

Отже, завдяки Резолюції РБ ООН 1325 було запроваджено нормативну базу у сфері сексуального насильства під час збройних конфліктів, а саме: призначення Спеціального представника з питань сексуального насильства від конфліктів для доповіді РБ; створення механізмів звітності на місцевому рівні для доповіді РБ про насильство на сексуальному та гендерному ґрунті під час конфліктів; створення Радою з прав людини комісії з правом на розслідування випадків насильства сексуального та гендерного характеру.

Однак проаналізувавши ці акти РБ ООН та співставивши їх із дійсністю яка на сьогодні існує в Україні під час війни постає висновок, що система та аспекти, які розроблені міжнародною організацією полишених важелів ефективного контролю та впровадження на місцях. Кримінальні правопорушення котрі вчиняються під час війни мають найбільший рівень небезпечності. Міжнародне співтовариство після кожної війни приймає низку актів, однак тільки висновків зафіксованих на папері недостатньо. Скільки ще людської крові повинно пролитися, життів забрано та доль скалічено, щоб світ зробив роботу над помилками. Відстежується збільшена увага саме на боротьбу із наслідками сексуального насильства під час збройних конфліктів та ролі жінки у керівних міжнародних органах. Попри це практика світових війн доводить, що найважливішою роллю міжнародних організацій є саме важелі превенції та захисту людей від сексуального насильства під час збройних конфліктів. Позитивні зрушення у цій сфері можливі лише за

умови повної скоординованості між усіма міжнародними та національними органами. Потрібні фундаментальні міжнародно-правові у тому числі передбачених міжнародним кримінальним правом превентивні засоби впливу на держави, котрі порушують територіальну цілісність інших країн, серед них: ефективні засоби контролю та органи проведення перевірок дій окупантів на окупованих територіях; засоби дотримання прав і свобод людини та кари за порушення міжнародних домовленостей, як щодо прав і свобод людини, так і територіальної цілісності держав у цілому.

Список використаної літератури:

1. Оппенгейм Л. Международное право. Т. II, полутом 1., 1949. 413 с.
2. Adam Smith. The Theory of Moral Sentiments. 442 p.
3. Летурно Ш. Прогресс нравственности: пер. с фр. – Изд. 2-е, стереотипное. – М.: КомКнига, 2007. – 400 с
4. Гижицкий Г. Основы морали. Одеса Типографія Ісаковича, 1895. 111 с.
5. Підпригора О. А., Римське право: підручник. Київ, 2003. 511 с.
6. Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина: курс лекцій. Київ: Знання, 2000. 771 с.
7. Сохіякян А. С. Закон як джерело кримінального права України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08/Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Харків, 2021. 211 с.
8. Кудрявцев В. Н. Международное уголовное право : учеб. пособ. М.: Наука, 1999. 264 с
9. United Nations, Division for the Advancement of Women Department of Economic and Social Affairs, Woman 2000, Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response, Apr.1998, p.1

Михайліченко Т. О.

*к.ю.н., доцент,
доцентка кафедри кримінального права
та кримінально-правових дисциплін
Полтавського юридичного інституту
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ЗАСТОСУВАННЯ ЗБРОЇ МАСОВОГО ЗНИЩЕННЯ В ПРОЕКТІ НОВОГО КК

Загальноприйнятого визначення поняття зброї масового знищення (далі – ЗМЗ) не існує. Водночас до неї відносять насамперед хімічну, біо-

логічну, токсинну та ядерну зброю, заборона застосування яких міститься у низці міжнародних актів. Зокрема, Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів від 17.06.1925 р., Договір про заборону випробувань ядерної зброї в атмосфері, у космічному просторі та під водою від 05.08.1963 р., Договір про нерозповсюдження ядерної зброї від 01.07.1968 р., Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення від 11.02.1971 р., Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї та про їх знищення від 10.04.1972 р., Конвенція про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок від 26.10.1979 р., Декларація про запобігання ядерній катастрофі, прийнята Резолюцією ГА ООН 36/100 від 09.12.1981 р., Делійська Декларація про принципи вільного від ядерної зброї та ненасильницького миру від 27.11.1986 р., Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань від 24.09.1996 р., Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення від 13.01.1993 р., Резолюція 1540(2004), ухвалена Радою Безпеки ООН на її 4956-му засіданні, від 28.04.2004 та ін.

При цьому єдиний акт, який згадує ЗМЗ є Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення від 11.02.1971 р., але в ньому немає ні визначенні ЗМЗ, ні його переліку. Натомість у Резолюції A/RES/32/84В ГА ООН про заборону розробки і виробництва нових видів зброї масового знищення і нових систем такої зброї від 12.12.1977 р., Генеральна Асамблея вказала, що ЗМЗ – це «атомна вибухова зброя, зброя з радіоактивними матеріалами, смертоносна хімічна і біологічна зброя, в також будь-яка зброя, яка буде розроблена в майбутньому і матиме характеристики подібні до атомної бомби чи іншої зброї, яка згадана вище, за руйнівним ефектом». Тобто ЗМЗ являє собою клас озброєння, яке здатне здійснити в одну мить величезний руйнівний ефект, вбити мільйони мирних жителів, поставити під загрозу природне середовище та докорінно змінити життя майбутніх поколінь своїм катастрофічним впливом; викликати смерть або серйозні травми людей токсичними або отруйними хімічними речовинами; поширювати хвороботворні організми, віруси чи токсини з метою заподіяння шкоди чи загибелі людей, тварин чи рослин; доставляти ядерні вибухові пристрої, хімічні, біологічні чи отруйні речовини для їх використання у ворожих цілях або у збройному конфлікті [1].

Такі вихідні дані дають можливість говорити про те, що використання ЗМЗ: 1) становить реальну загрозу для життя і здоров'я дуже великої (невизначеної) кількості людей (що тотожно загально небезпечному способу); 2) може пов'язуватися із руйнуваннями на великих територіях та/або принести непоправну чи важкопоправну шкоду довкіллю (у т.ч. флорі та фауні), тобто завдавати відповідно до термінології проекту нового КК (статті 2.5.6–2.5.7) особливо тяжкої чи винятково тяжкої шкоди.

За таких умов видається формулювання запропоноване авторами проекту нового КК диспозиції ст. 11.5.6 невдалим, адже не вдається змодельювати на даний момент ситуацію використання ворожою армією ЗМЗ, яка стовідсотково виключатиме смерть цивільних осіб, адже ЗМЗ характеризується зазвичай значним поширенням у просторі, а повністю «звільнити» за таких умов території, де ведуться бойові дії, як засвідчив досвід нинішньої війни з РФ, практично неможливо. Тобто армія, яка використовує ЗМЗ, усвідомлює, що від цієї зброї високоюмовірно може загинути хоча б одна цивільна особа, але ігнорує це або байдуже ставиться до такого наслідку. В такому випадку кваліфікація дій особи має бути не за ст. 11.5.6 Проекту, а за ст. 11.2.2 Проекту. Тобто всі інші смерті та негативні наслідки для довкілля, будівель тощо не будуть враховані? Якщо ж все таки жодна цивільна особа не постраждає, то не можна проігнорувати положення пунктів 12 та 15 ч. 1 ст. 11.4.6 Проекту в поєднанні з п. 7 ч. 1 ст. 11.4.1 проекту нового КК. Хіба застосування ЗМЗ чи заборонених засобів ведення війни не *спричиняє надмірні ушкодження чи непотрібні страждання, не є невивірковими за своєю суттю* або ж не можуть знищувати незаконно, безглуздо та в *широких масштабах чужу власність* (тут і далі – курсив наш)? Приміром, використання ядерної зброї спричиняє всі виділені наслідки. Якщо ж говорити про біологічну зброю, то вона спричиняє надмірні ушкодження чи непотрібні страждання та є невивірковими за своєю суттю. У продовження засобами ведення війни, заборонені міжнародним гуманітарним правом, для розділу 11.4 «Воєнні злочини» Проекту пропонується визнавати отруту чи отруйну зброю, задушливі, отруйні чи інші подібні гази або аналогічні рідини, матеріали чи засоби, хімічна зброю та зброю, яка використовує мікробіологічні чи інші біологічні агенти чи токсини. Таким чином, із переліку ЗМЗ ми для кваліфікації злочинних діянь по ст. 11.5.6 Проекту автоматично маємо виключити хімічну та біологічну зброю. То в яких же конкретних випадках дії винних осіб мають кваліфікуватися за ст. 11.5.6 Проекту? Лише за умови використання ядерної зброї? Бо ж щодо створення нетрадиційної ЗМЗ підтверджених даних поки що немає. І хочеться сподіватися, що найближчі десятиліття її не буде.

Не менш спірною видається пропозиція авторів проекту нового КК щодо порівняння застосування ЗМЗ чи заборонених засобів ведення війни до злочину 5 ступеня, як базового ступеня. Видається, що це неспівмірно відносно ступеню небезпечності такого діяння. Адже відповідно до ст. 3.2.5 Проекту такий злочин карається лиш ув'язненням на строк від 6 до 8 років. У той же час відповідно до положень ч. 2 ст. 3.2.3. проекту нового КК ув'язнення на певний строк за злочини геноцид, агресії, а також пов'язані з умисним позбавленням життя людини злочини проти людяності і воєнні злочини (розділи 11.1–11.4 цього Кодексу), встановлюється *до 30 років*. Чи не надто великий розрив між максимум 8 роками і 30 роками ув'язнення, якщо ЗМЗ, як зазначалося вище, становлять реальну загрозу як для великої кількості людей, так і для довкілля та майна. До того ж, відповідно до пунктів 3, 4 та 5 ч. 4 ст. 2.5.9 Проекту видам шкоди відповідають такі базові ступені тяжкості умисних злочинів: 3) тяжка шкода – 5 ступінь тяжкості; 4) особливо тяжка шкода – 7 ступінь тяжкості; 5) винятково тяжка шкода – 9 ступінь тяжкості. Виходячи з цієї логіки, базовим для злочину, передбаченого ст. 11.5.6 Проекту, мав би бути 7-й ступінь, а не 5-й. Примітно, що за такого підходу, навіть за наявності кількох ознак складу злочину, що підвищують тяжкість злочинів на два ступеня, піднятися до 9 ступеня не вдасться, тобто згідно зі ст. 3.2.4 Проекту і винних осіб при застосуванні, приміром, тактичної ядерної зброї у мегаполісі не можна буде засудити до довічного ув'язнення.

Якщо ж дії винних мають кваліфікуватися за сукупністю (статті 11.5.6 та 4.1.5, з урахуванням щонайменше як ознак складу злочину, що підвищують тяжкість злочинів на два ступеня використання загальнонебезпечного способу та спричинення смерті двом чи більше людям (пункти 3 та 5 ч. 1 ст. 4.1.3 Проекту)), то матимемо врахування кількох обставин двічі, що категорично суперечить правилам.

Таким чином, видається, що запропонована диспозиція ст. 11.5.6 Проекту є потенційною т.зв. «мертвою» нормою саме через *de-facto* невелику ймовірність її застосування, а санкція – неспівмірною тому рівню небезпеки, який несе застосування ЗМЗ чи заборонених засобів ведення війни як для людей, так і для їх майна та довкілля.

Список використаних джерел:

1. Weapons of Mass Destruction. United Nations Regional Centre for Peace and Disarmament in Asia and the Pacific. URL: <https://unrcpd.org/wmd/>
2. Проект нового КК. Станом на 18.05.2022 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/05/19/kontrolnyj-proekt-kk-18-05-2022.pdf>

*Азаров Д. С.,
к.ю.н., доцент,
декан факультету правничих наук
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»*

ГЕНОЦИД УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ У 2022 РОЦІ: ЛОГІКА ПРАВОВОЇ АРГУМЕНТАЦІЇ

Вимушений констатувати, що українське кримінальне законодавство (а так само й інші галузі) не були повною мірою готові до відкритої агресії проти нашої держави попри те, що її «гібридна» фаза розпочалась понад 8 років тому.

Доказом цьому є бурхлива, але не завжди якісна законотворча діяльність. Як наслідок кримінальний кодекс наповнюється значною кількістю нових хиб. Безумовно є важливим дискутувати навколо «воєнних» новел у кримінальному законодавстві. Утім не менш важливо говорити про давніші норми – ті, що передбачають відповідальність за геноцид.

На жаль, багато зарубіжних колег наразі висловлюють невпевненість у тому, що дії збройних сил російської федерації та її військово-політичного керівництва під час відкритої агресії проти України є геноцидом. А ті, які підтримують цю думку, переважно обмежуються твердженнями, що не супроводжуються належним обґрунтуванням.

Невпевненість сильно відчувається навіть у нещодавніх висловлюваннях Генерального прокурора: «Зараз всі говорять про геноцид. Політично це абсолютно правильно [...]. Але тут є свої нюанси» [1]. На сайті Офісу Генерального прокурора мені не вдалося знайти відомості про діяльність органів прокуратури із розслідування геноциду в Україні, хоча широко висвітлюється інформація щодо злочинів агресії та воєнних злочинів. Складається враження, що основний фокус діяльності прокуратури наведено саме наці посягання – злочини, факт вчинення яких порівняно легко довести. Геноцид згадується між іншим, так, ніби цей злочин є менш «значущим», ніби вчинення геноцидальних дій все ще залишається для когось сумнівним.

Офіс Генерального прокурора не дав чіткої відповіді на мій інформаційний запит, у якому я просив повідомити кількість кримінальних проваджень, що здійснюються в Україні щодо геноциду, вчиненого збройними силами російської федерації та/або її військовим чи політичним керівництвом, досудове розслідування в яких розпочато у період з 24 лютого 2022 р. по

5 травня 2022 р. Листом від 11 травня 2022 р. № 27/3–489 мені роз'яснили, що «визначальним для публічної інформації є те, що вона повинна бути за-здалегідь готовим, зафіксованим продуктом, отриманим або створеним суб'єктом владних повноважень у процесі виконання своїх обов'язків». Такого «готового продукту» в ОГП не виявилось. Що це може означати? Невже Генеральний прокурор не має чіткої інформації про те, скільки є кримінальних проваджень щодо геноцидальних дій російської федерації, вчених під час відкритої агресії починаючи з 24 лютого 2022 р.?

Я не робитиму припущень, правдиві відповіді на ці запитання можуть виявитися неочікуваними та прикрими. В кожному разі українській науковій спільноті, на мою думку, варто докласти зусиль до формування міцної правової аргументації, яка дозволить переконати колег і, з рештою, закладе фундамент для доведення фактів геноциду Українського народу в межах судового процесу.

30 березня 2022 р. ми ініціювали підготовку проекту Заяви Верховної Ради України «Про вчинення Російською Федерацією геноциду в Україні», а також відповідної Постанови та пояснювальної записки. Коли я пишу «ми», то маю на увазі експертів Ініціативи «Право в умовах війни», насамперед п. Володимира Венгера і автора цих рядків, а також п. Дмитра Ковалю та п. Гаяне Нуріджанян, які долучились до підготовки цих документів трохи згодом.

6 квітня 2022 р. проекти зазначених документів було передано керівництву Парламенту України. Після кількох обговорень за нашої участі ці проекти було офіційно зареєстровано [2] та 14 квітня схвалено Верховною Радою України із внесенням до тексту мінімальних коректив (буквально кількох слів). Утім, із фінального тексту проекту Постанови [3] було вилучено пункт, яким пропонувалось підтвердити визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо злочинів, передбачених статтею 5 Римського статуту Міжнародного кримінального суду.

Всупереч позиції окремих колег, ми вважали, що Заява разом із пояснювальною запискою мали стати не просто політичною резолюцією на кшталт тих, що ухвалено Парламентами Польщі, Естонії, Латвії, Канади, Литви, Чехії. На нашу думку, цей акт мав містити основи правової аргументації, чому дії російської федерації є саме геноцидом, а також мав вказувати на докази, що свідчать про геноцидальний характер цих дій.

Зважаючи на зазначене, фінальний текст аналізованої Постанови на сайті Верховної Ради України мало не вперше в історії розміщено разом із пояснювальною запискою та англomовним перекладом (питання перекладу має окреме значення, на якому я зупинюся нижче).

Логіка правової аргументації передбачає встановлення щонайменше **трьох складових злочину геноциду**, які прямо передбачені ст. 2 Конвенції ООН про запобігання злочинів геноциду і покарання за нього (далі – Конвенція) та ст. 6 Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі Статут). Відповідні дії мають характеризуватися:

- 1) спрямованістю проти певної захищеної групи людей;
- 2) вони мають проявлятися принаймні в одній із форм, передбачених Конвенцією та Статутом;
- 3) вони повинні мати на меті знищення зазначеної групи людей повністю або частково.

В контексті **першої складової** були жваві дискусії, яким чином познати захищену групу людей, яку піддано геноциду. Були наполягання окремих науковців та народних депутатів вживати термін «Українська нація», тобто використати слово, запозичене від англійського «nation». Ми наполягали на використанні конституційного терміну «Український народ», оскільки в україномовній версії слово «нація» може сприйматися у викривленому розумінні – розумінні, яке понад століття насаджує росія. В англійській мові слово «nation» за змістом дещо відрізняється від того, як може сприйматися слово «нація» в українській мові (особливо у російському прочитанні). Водночас термін «Український народ» повністю відповідає значенню, в якому у Конвенції та Статуті вживається словосполучення «національна група» («national group»). Під такою групою, зокрема, може розумітися «сукупність людей, які сприймаються такими, що мають певний юридичний зв'язок, заснований на спільному громадянстві, та поєднані взаємними правами та обов'язками» (рішенням Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди у справі Акасеу) [4]. Саме в цьому контексті я звертав увагу на важливість англійського перекладу Заяви нашого Парламенту та відповідної пояснювальної записки.

В межах **другої складової** потрібно встановити вчинення хоча б однієї із таких дій: а) вбивство членів захищеної групи; б) заподіяння серйозної фізичної або психічної шкоди членам такої групи; с) умисне створення для якої-небудь групи таких життєвих умов, що розраховані на повне або часткове фізичне її знищення; d) заходи, розраховані на запобігання дітонародженню всередині такої групи; e) насильницька передача дітей з однієї людської групи в іншу.

Я не буду зупинятися на цих діяннях, оскільки докази їх вчинення є добре відомими. Частина із них загадується у Пояснювальній записці до згаданої Постанови Верховної Ради України. Я не бачу значних складнощів із

доведенням фактів вчинення майже всіх цих діянь. Принагідно лише зверну увагу на те, що теперішня редакція ст. 442 КК не повною мірою відповідає положенням Конвенції та Статуту, однак ці питання залишу для інших публікацій.

Тепер, **третя складова**, мабуть, найтяжча для обґрунтування і доведення – це так званий геноцидальний умисел, тобто намір знищити захищену групу людей повністю або частково.

Тут я пропоную виходити зі змісту оприлюднених промов керівництва російської федерації, насамперед її очільника. Саме лише твердження, що український та російський народи є одним народом, означає, власне, існування лише одного народу, а не двох – українського і російського. Таким чином, московський керманіч бачить лише власну націю, не залишаючи місця для незалежного існування української.

Як відомо, однією із цілей так званої спеціальної воєнної операції названо «денацифікацію» України. Вживання цього терміну, на моє переконання, обумовлене умисним спотворенням українського патріотизму і прагнення до незалежності. Для росії український патріот – це націоналіст, а націоналіст – це нацист. Виходячи саме з такої логіки вживається термін «денацифікація», який у кінцевому підсумку означає, що знищенню підлягають українські патріоти, люди які бачать Україну незалежною державою і борються за її існування.

Наведена фальшива російська ідеологема «український патріот = націоналіст = нацист», як відомо народилась не сьогодні. Як російська федерація є державою-продовжувачем СРСР, так сучасна етерація наведеної ідеологеми ґрунтується на КДБешних посібниках другої половини минулого століття, через які, вочевидь, формувався імперський світогляд очільника сьогоднішньої росії: «Націоналізм стремітся укрєпїть господство и прївїлєгї одной нацїї за счєт угнетєнїя другїх. Націоналізм отвергаєт дружєское сотрудинчєство и взиаїпомощь между нацїямї» [5, с. 83]. Важливо, що націоналістами росіяни називають лише тих, хто виступає за незалежність власних держав від росії (або радянському союзу) і бачить загрозу у міцній «дружбі народів» у її чекїстському розуміннї: «Націоналісти однім із главних об'єктєв своїх посягательств на советское государство їзбрали область национальных отношенїй, питаєсь путьєм їскусственнєго разжїганїя националістїчєскїх чувств подорвать єдїнство и сплєчєнность советского народа» [6, с. 63]. Примїтно, що до категорїї націоналістїв зараховували лише представникї окремих народїв, які входили до складу СРСР, насамперед, українцїв, литовцїв, латвїйцїв, єстонцїв та білорусїв.

У статті «Что росія должна сделать с Україною», яку Т. Снайдер влучно назвав «російським посібником з геноциду» [7], прямо зазначається, що український націоналізм буцімто є нацизмом і покаранням за нього мають стати «тяготи війни» [8]. Цю статтю оприлюднено на російському державному медіа ресурсі, що, враховуючи «особливості» російської інформаційної політики, дозволяє стверджувати – опублікований матеріал представляє політику російської держави, яка здійснює відкриту агресію проти України під приводом «денацифікації», сутність якої зводиться до знищення Українського народу, принаймні його активної, патріотичної частини.

Ось в такій площині я пропоную будувати правову аргументацію того, що дії збройних сил російської федерації та її військово-політичного керівництва під час відкритої агресії проти України, яка розпочалась 24 лютого 2022 р., є геноцидом Українського народу.

Насамкінець хотів би нагадати відомі проблеми з визнанням юрисдикції Міжнародного кримінального суду. Думаю, що ратифікація Україною Римського статуту давно на часі. А ми ще навіть не маємо його офіційного україномовного перекладу – на сайті Верховної Ради України досі виставлено переклад цього документа мовою країни-агресора [9].

Список використаних джерел:

1. Венедіктова: як громадянин вважаю, що Росія здійснює геноцид українців, а як прокурор маю це довести. Інтерфакс-Україна: веб-сайт. URL: <https://interfax.com.ua/news/interview/826975.html> (дата звернення 20.05.2022).

2. Проект Постанови про Заяву Верховної Ради України «Про вчинення Російською Федерацією геноциду в Україні», зареєстрований 11 квітня 2022 р. за № 7276. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39411> (дата звернення 20.05.2022).

3. Про Заяву Верховної Ради України «Про вчинення Російською Федерацією геноциду в Україні»: Постанова Верховної Ради України від 14 квітня 2022 р. № № 2188-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2188-20> (дата звернення 20.05.2022).

4. The Prosecutor vs Akayesu, 2 September 1998. URL: <https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict96-4/trial-judgements/en/980902.pdf> (дата звернення 20.05.2022).

5. Українські буржуазні націоналісти [совершенно секретно]. Висшая школа КГБ при Совете Министров СССР ім. Ф. Е. Дзержинского. Москва, 1963. 291 с. URL: <http://avr.org.ua/viewDoc/34679> (дата звернення 20.05.2022).

6. Особенности борьбы советской контрразведки с идеологической диверсией зарубежных буржуазно-националистических организаций и подрывной деятельностью враждебных националистических элементов [секретно]: учебное пособие /

Олов'янников Я. І., Шевчук В. М., Нерушенко В. А., Голушко Н. М., Чернов В. Т. Москва, Вісшая краснознам'янная школа КГБ при Совете Міністрів СССР ім. Ф. Е. Дзержінського, 1978. 200 с. URL: <https://avr.org.ua/viewDoc/34686> (дата звернення 20.05.2022).

7. Timothy Snyder. Russia's genocide handbook. 8 April 2022. URL: <https://snyder.substack.com/p/russias-genocide-handbook> (дата звернення 20.05.2022).

8. «Что россия должна сделать с Украиной». РІА Новості: веб-сайт. URL: <https://ria.ru/20220403/ukraina-1781469605.html> (дата звернення 03.05.2022).

9. Римський статут Міжнародного кримінального суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588.

Ланкін А. В.,

д.ю.н.,

*доцент кафедри кримінальної юстиції
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНУ ГЕНОЦИДУ

В умовах повномасштабної агресивної війни Російської Федерації проти України загострюється проблема вчинення міжнародних злочинів, одним із найнебезпечніших серед яких є злочин геноциду. Звинувачення у вчиненні цього злочину є обопільними: 15 лютого 2022 р., незадовго до вторгнення, про здійснення Україною геноциду населення на Донбасі заявила російська сторона; 14 квітня 2022 р. Верховна Рада України своєю постановою визнала дії російських військ в Україні геноцидом українського народу; 21 квітня 2022 р. геноцид українського народу, учинений російськими військами, визнав парламент Естонії; 21 квітня 2022 р. – Латвії; 28 квітня 2022 р. – Канади; 10 травня – Литви. Дії Російської Федерації на території України визначали як геноцид і деякі світові лідери: президент США Джо Байден; прем'єр-міністр Великої Британії Борис Джонсон, президент Польщі Анджей Дуда та ін., а також низка неурядових міжнародних організацій. З іншого боку, сумніви у такій оцінці подій на даному етапі висловив президент Франції Емануель Макрон, а також низка експертів. Відтак, питання щодо визнання дії російських військ в Україні геноцидом українського народу є значною мірою політизованим. Це зумовлює необхідність поглибленого дослідження проблеми кваліфікації злочину геноциду за національним та міжнародним правом.

Передусім потребують порівняння формулювання складу злочину геноциду, наведені у міжнародних документах – ст. 2 Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього, прийнятій резолюцією 260 (III) Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1948 року (далі – Конвенція), та у ст. 6 Римського статуту міжнародного кримінального суду (далі – РС), а також у національному законодавстві України – у ст. 442 Кримінального кодексу України (далі – КК України). Слід зазначити, що вони є досить близькими за змістом, але не тотожними. Так, на міжнародному рівні «геноцид» означає будь-яку з наступних дій, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку: (а) вбивство членів групи; (б) заподіяння серйозної тілесної або психічної шкоди членам групи; (в) умисне створення для групи умов життя, розрахованих на її повне або часткове фізичне знищення; (г) введення заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей всередині групи; (д) примусове переведення дітей з групи в іншу групу.

Відповідно до ст. 442 КК України, геноцид визначається як діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу.

Так, як одну з форм вчинення геноциду Конвенція та РС визначає вбивство членів такої групи, тоді як КК України застосовує термін «позбавлення життя». При цьому в інших статтях КК України застосовується саме термін «вбивство», яке визначається як «протиправне заподіяння смерті іншій людині». Загалом, «позбавлення життя» і «заподіяння смерті» є рівнозначним термінами, однак, задля уніфікації понять як у КК України, так і з РС, більш правильним можна вважати застосування щодо злочину геноциду такого терміну, як «вбивство».

Більш серйозну відмінність становить така форма вчинення геноциду, як «заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу» (п. в ст. 6 РС, яка у ст. 442 КК України сформульована як «заподіяння тяжких тілесних ушкоджень»). У роз'ясненні до ст. 6 РС вказується, що заподіяння шкоди при злочині геноциду може здійснюватися шляхом поведінки, яка може включати тортури, звалтування, сексуальне насильство або нелюдське або принижувальне гідність, але не обмежується ними. Однак при визначенні наслідків таких дій слід враховувати, що «серйозні тілесні ушкоджен-

ня» та «тяжкі тілесні ушкодження» хоча й не є повністю тотожними термінами, однак загалом аналогічні за змістом, оскільки саме значення геноциду передбачає, що такі тілесні ушкодження становлять загрозу для життя людини. Зважаючи на це, при кваліфікації цієї форми злочину геноциду варто застосовувати положення ч. 1 ст. 221 КК України щодо визначення об'єктивної сторони такого злочину, як тяжке тілесне ушкодження.

Разом з тим, на міжнародному рівні поряд із серйозними тілесними ушкодженнями вказується на «заподіяння розумового розладу», вказівки на яке відсутні у ст. 442 КК України. З одного боку, склад тяжкого тілесного ушкодження, передбачений ст. 121 КК України, включає тілесне ушкодження, що спричинило психічну хворобу. З іншого боку, термін «психічна хвороба» не є рівнозначним поняттю «психічний розлад», а також не відповідає «Міжнародній класифікації хвороб», де йдеться саме про психічні розлади (Клас V. Розлади психіки та поведінки). Вказане може створювати проблеми кваліфікації діяння не лише за ст. 442, а й за ст. 221 КК України. Зважаючи на це, доцільно було б замінити у ч. 1 ст. 121 КК України поняття «психічна хвороба» на «психічний розлад» або «розлад психіки».

Така форма злочину геноциду, як «створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення», передбачена ст. 442 КК України, повністю відповідає міжнародним документам. При цьому термін «життєві умови» може включати умисне позбавлення ресурсів, насущно необхідних для виживання, таких як продовольство або медичне обслуговування, або систематичне вигнання з житла, але не обмежується ними. Фактично, йдеться про ресурси, необхідні людині або групі людей для підтримання їхнього існування, позбавлення яких з високим ступенем ймовірності призведе до їхньої смерті.

Як форму геноциду ст. 442 КК України визначено створення умов щодо скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі. Щодо цього існує певне розходження із міжнародними документами, оскільки у ст. 6 РС аналогічна форма визначається як «заходи, розраховані на запобігання дітонародження у середовищі такої групи». Разом з тим, заходи щодо скорочення дітонародження можна розглядати як такі, що спрямовані на запобігання йому у певній частині. Оскільки злочин розглядається щодо групи, то в кожному конкретному випадку відповідне діяння буде спрямоване на запобігання дітонародження, однак в межах групи, де запобігання дітонародження фактично не може бути цілковитим, може йтися про скорочення або обмеження дітонародження. Для правильної кваліфікації важливо, щоб таке скорочення чи запобігання в кінцевому вигляді вело до винищення групи як

такої, а не до, приміром, регулювання дітонародження задля підтримання певної чисельності групи.

Така форма геноциду, як насильницька передача дітей із однієї людської групи до іншої, повністю співпадає за міжнародним правом і національним законодавством України. Оскільки ця форма стосується саме дітей, то суб'єкт злочину повинен знати, що особи, які передаються, не досягли 18 років. При цьому кваліфікація передачі як насильницької не обмежується застосуванням фізичної сили та може включати загрозу силою або примус, викликаний, наприклад, страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою стосовно такої особи або іншої особи, або використанням обстановки, що характеризується примусом. Тобто насильство може застосовуватися не безпосередньо до дітей, яких передають до іншої групи, а до їхніх батьків чи інших осіб. Кінцевою метою передачі, навіть якщо вона замаскована під піклування про інтереси дітей, є винищення відповідної групи, до якої вони належать, тобто передбачається, що в процесі подальшого розвитку і виховання дітей вони будуть позбавлені ознак, що характеризують групу, на яку спрямовано злочин геноциду.

Будь-яке із перелічених діянь може бути кваліфіковане як злочин геноциду за таких умов: 1) потерпілий належав до конкретної національної, етнічної, расової чи релігійної групи; 2) суб'єкт злочину мав намір знищити цю групу як таку; 3) це діяння мало місце в контексті явної лінії аналогічної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкою, яка сама по собі могла призвести до такого знищення.

Таким чином, визначальним для злочину геноциду є його спрямованість проти певної групи: національної, етнічної, расової чи релігійної. Відповідно, і потерпілими від цього злочину можуть бути тільки члени визначеної групи, на знищення якої спрямоване діяння винних осіб. При цьому, якщо расова та релігійна група досить чітко розрізняються між собою (расова група об'єднана спільністю фізичних ознак, що наслідуються: колір шкіри, волосся, форма черепа тощо; релігійна група об'єднана сукупністю духовних уявлень про надприродні сили, яким вона поклоняється), то розмежування національної та етнічної груп не є таким виразним. Як національна, так і етнічна групи за родовою ознакою характеризуються як історично сформовані стійкі спільноти людей. Також вони характеризуються такими ознаками, як єдність культури і духовності, особливостей побуту, звичаїв і традицій тощо. Як правило, характерними ознаками нації є спільна територія, економічні зв'язки, мова, тобто певні атрибути державності. З цього впли-

ває, що національна група може бути ідентифікована, в тому числі, за ознакою громадянства. При цьому переклад тексту РС з англійської мови дозволяє визначити ознакою належності до відповідної захищеної групи як національність, так і громадянство. Таким чином, злочин геноциду може бути спрямований проти громадян певної держави, незалежно від того, до якої раси, релігії чи етносу вони належать.

Кваліфікація відповідних діянь як геноциду потребує встановлення того, що потерпілий належить до захищеної групи. Це може бути визначено за допомогою двох критеріїв: (а) об'єктивного (належність потерпілого до захищеної групи) та (б) суб'єктивного (ідентифікація суб'єктом злочину приналежності потерпілого до захищеної групи). В свою чергу, в основі такої ідентифікації може лежати позитивний або негативний критерій. В межах першого суб'єкт злочину вирізняє потерпілого як члена групи за характеристиками, які, на його думку, є характерними для цієї групи. В межах другого суб'єкт злочину ідентифікує осіб як таких, які не належать до його власної групи, яка характеризується специфічними особливості. Отже, ідентифікація потерпілого як члена групи можливе або за ознакою «спільності» або за критерієм «відмінності».

Кваліфікація діяння як геноциду не залежить від фактичної кількості потерпілих, однак в будь-якому разі передбачає реальність знищення захищеної групи як його мети. Тому відповідні діяння мають розглядатися в контексті типової моделі поведінки суб'єкта злочину щодо членів відповідної групи. Отже, поодинокі вбивства чи інші передбачені ст. 442 КК України діяння, вчинені щодо представників однієї групи, що не створюють і не могли створити загрози для групи в цілому, не являють собою геноциду. Тож кваліфікація конкретного діяння як цього злочину вимагає встановлення чіткої лінії аналогічних повторюваних діянь, спрямованих саме проти цієї групи як такої, а не проти певних осіб, які виявилися членами однієї групи.

Злочин геноциду як за міжнародним, так і за національним правом, може бути вчинений лише з прямим умислом. Метою цього злочину є повне або часткове винищення групи. Специфічна мета геноциду є надзвичайно складною в доказуванні. З огляду на це, за відсутності визнання обвинуваченим своєї вини, цю особливу мету може бути виокремлено із загального контексту, в якому відбувалися визначені діяння. Таким, наприклад, є заздалегідь висловлений намір знищити цю групу в цілому або конкретну особу саме як члена групи; або висловлене після здійснення відповідних діянь задоволення від заподіяння шкоди відповідній групі тощо. Разом з тим, про наявність такої мети може свідчити вчинення вбивств чи інших діянь членів

групи в контексті загального насильства щодо групи, яке є систематичним та масштабним, за відсутності іншої мети відповідних діянь.

При цьому ані міжнародні документи, ані КК України не містять особливих вказівок на суб'єкта злочину геноциду, тому його можна вважати загальним. При цьому стосовно суб'єкта злочину не має значення його належність до певної групи. Тобто і суб'єкт злочину, і потерпілий можуть належати до однієї національної, етнічної, расової чи релігійної групи.

Як висновок варто наголосити на необхідності більш повного узгодження положень ст. 442 КК України з положеннями ст. 2 Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього та ст. 6 Римського статуту міжнародного кримінального суду, що створить кращі можливості для притягнення до кримінальної відповідальності винних у вчиненні цього злочину на території України за допомогою міжнародних юрисдикційних механізмів. Крім того, з огляду на складнощі кваліфікації злочину геноциду, необхідним є проведення подальших наукових досліджень у цій сфері, а також навчання з цих питань практичних працівників органів досудового розслідування та прокуратури.

Павленко Т. А.,

к.ю.н., доцент,

*доцентка кафедри державно-правових
дисциплін, кримінального права та
процесу*

Харківського національного

педагогічного

університету імені Г. С. Сковороди,

ЩОДО ПЕРСПЕКТИВ СТВОРЕННЯ БЕЗПЕКОВОГО ПРОСТОРУ ДЕРЖАВИ В УМОВАХ ЗБРОЙНОЇ АГРЕСІЇ РФ ПРОТИ УКРАЇНИ

Останні десятиліття ми спостерігаємо за стрімкою зміною світу, відбувається руйнація традиційних уявлень про міжнародну безпеку та форми взаємодії держав. Інститути багатостороннього співробітництва перебувають у глибокій кризі. Міжнародне право та інші несилові засоби регулювання міжнародних відносин втрачають ефективність, на тлі чого зростає попит на жорстку силу. Множаться нетрадиційні загрози, а ті, що були на порядку

денному вже давно – наприклад, розповсюдження ядерної зброї, стають гострішими [1, с. 3]. З початку відкритої збройної агресії Російської Федерації (далі – РФ) 24 лютого 2022 року проти України ми бачимо найсерйозніше загострення цих проблем з кінця Другої Світової війни. За таких умов, першочергово стоїть питання забезпечення цілісності нашої держави та збереження суверенітету. Актуальним і своєчасним є створення відповідного безпекового простору, який буде здатен забезпечити стан захищеності життєво важливих інтересів держави від будь-яких внутрішніх та зовнішніх загроз.

Як уявляється безпековий простір має включати у себе декілька аспектів. В умовах відкритої збройної агресії одними з головних складових безпекового простору мають бути міжнародна (глобальна) безпека та національна безпека.

Міжнародна (глобальна) безпека охоплює найбільш актуальні напрямки та проблеми розвитку людства та означає його захищеність від загроз, здатних дестабілізувати обстановку у світі або його ключових регіонах та спричинити кризу глобального масштабу. Міжнародну безпеку в широкому розумінні трактують як систему міжнародних відносин, що заснована на дотриманні усіма державами загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права та яка виключає вирішення спірних питань і розбіжностей між ними за допомогою сили або загрози її застосування [2, с. 339–340]. Загалом міжнародна (глобальна) безпека – це стан захищеності від загроз життєво важливих інтересів людства (загалом), держав, міждержавних та регіональних об'єднань, за яких забезпечується можливість їх реалізації [3]. Сьогодні ми стикнулися з ситуацією, коли одна ядерна держава недотримується принципів та норм міжнародного права, створює «квазі спірні питання» та намагається силовими методами їх вирішити, що, в свою чергу, призводить до жахливих наслідків, які навіть важко уявити.

В реаліях нашого сьогодення центральними напрямками проблематики міжнародної (глобальної) безпеки мають бути розробка та контроль над озброєнням, боротьба з міжнародним тероризмом, а також розробка дієвих механізмів протидії всією міжнародною спільнотою сучасним глобальним безпековим викликам. Особливе занепокоєння викликає можливість використання зброї масового ураження з боку так званої держави-терориста. При цьому особливо гостро стоїть проблема можливого застосування ядерної зброї. Про це свідчать заяви Кремля, по-перше, про переведення сил стримування, які включають також ядерну зброю, в особливий режим бойового чергування (27.02.2022 р.), і по-друге, про можливість використання такої

зброї, якщо буде загроза існуванню РФ (22.03.2022 р., 13.05.2022 р.). Крім того, з урахуванням ситуації, що склалася у зв'язку зі збройною агресією РФ, на новий щабель виходить питання економічної та соціальної стабільності не лише на рівні одної держави, а на світовому рівні. Про це доводиться говорити у зв'язку з глобалізацією фінансової системи та з урізноманітненням кількісних та якісних показників процесу світової торгівлі та структури ринку.

Щодо національної безпеки, то важливим для з'ясування сутності національної безпеки є її зовнішній вимір, тобто стан і умови розвитку держави та суспільства в міжнародному середовищі [4, с. 52]. В Україні поняття «національна безпека» набуло широкого значення з 2014 року, а з 24 лютого 2022 року кожна людина, і не лише на території України, а й у всьому світі замислюється над цим питанням. Здебільшого національну безпеку пов'язують лише з діяльністю спецслужб, ототожнюють з обороною держави тощо [4, с. 52]. І хоча не слід забувати й про економічні, політичні, морально-етичні та інші не силові аспекти забезпечення національної безпеки, на сьогодні, можемо констатувати, що у сучасному світі, нажаль, найбільш дієвими залишаються все ж таки силові методи, зокрема вагомими важелями є військова міць держави, озброєність та наявність зброї масового ураження.

У широкому розумінні національна безпека являє собою показник здатності суспільства й держави, що захищають національні інтереси самостійно чи разом з іншими дружніми країнами (народами, націями), стримувати або усувати внутрішні й зовнішні загрози національному суверенітету, територіальній цілісності, соціальному ладу, економічному розвитку, іншим важливим елементам духовної й матеріальної життєдіяльності; ступінь захищеності інтересів особистості, суспільства й держави від зовнішніх та внутрішніх загроз [5]. На законодавчому рівні національна безпека визначається як захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз [6]. З 21.06.2021 року закон не визначає окремо об'єкти національної безпеки, але наводить ті самі складові щодо держави у ст. 3, розкриваючи принципи державної політики, що має бути спрямована на захист. У такий спосіб зазначене законодавче формулювання повторює зміст поняття «об'єкти національної безпеки» у розумінні Закону України «Про основи національної безпеки України» [7]. Наразі має місце виокремлення державної безпеки як окремої сфери. У п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» надано визначення

державної безпеки як захищеності «державного суверенітету, територіальної цілісності і демократичного конституційного ладу та інших життєво важливих національних інтересів від реальних і потенційних загроз невоєнного характеру» [6]. Фактично, наразі державна безпека є вужчим поняттям аніж національна безпека.

Щодо визначення інших видів безпеки, що складають у своїй сукупності національну безпеку, звертає на себе увагу різноманітність поглядів стосовно диференціації окремих видів (напрямів) такої безпеки. Підтримуємо позицію, що перш за все доцільно виокремити ті види (складові), які безпосередньо визначені у нормативно-правових актах [8, с. 73].

Згідно положень ч. 4 ст. 3 Закону України «Про національну безпеку України», яка визначає принципи державної політики у сферах національної безпеки й оборони, але не надає вичерпного переліку окремих видів безпеки, що складають національну безпеку, виокремлено воєнну, зовнішньополітичну, державну, економічну, інформаційну, екологічну та кібербезпеку України «тощо» [6]. Тобто, фактично, законодавець цей перелік не обмежує.

В умовах відкритої збройної агресії РФ центральними напрямками національної безпеки мають бути воєнна, державна, інформаційна та кібербезпека.

Воєнною безпекою вважається захищеність «державного суверенітету, територіальної цілісності і демократичного конституційного ладу та інших життєво важливих національних інтересів від воєнних загроз» (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України»). Тобто об'єктами захисту є власне держава та її складові, але на відміну від державної безпеки, метою захисту є присутність (існування) загроз воєнного характеру. Надалі воєнна безпека термінологічно вживається у ст. 28 вказаного Закону, що регламентує питання розробки та ухвалення Стратегії воєнної безпеки як документу планування у цій сфері [8, с. 72]. Очевидно, що забезпечення безпеки у воєнній сфері, в першу чергу, має на меті недопущення, відвернення, відсіч агресії проти держави.

28 грудня 2021 р. на рівні Рішення Ради національної безпеки і оборони України, що затверджено Указом Президента України [9] визначено, що інформаційна та кібербезпека є важливими складовими національної безпеки. На законодавчому рівні поняття «інформаційна безпека» надано у п.п. 2 п. 13 ЗУ «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», і визначається як стан захищеності життєво важливих інтересів людини, суспільства і держави, при якому запобігається нанесення шкоди через: неповноту, невчасність та невірність інформації, що

використовується; негативний інформаційний вплив; негативні наслідки застосування інформаційних технологій; несанкціоноване розповсюдження, використання і порушення цілісності, конфіденційності та доступності інформації [10].

Необхідно підкреслити, що захист українського інформаційного простору від деструктивної інформаційної ворожої діяльності є одним з центральних завдань, що стоїть перед органами державної влади та сектором безпеки зокрема.

Список використаних джерел:

1. Оцінка безпекових викликів та їх наслідків для зовнішньої політики України після виборів. Міжнародний центр перспективних досліджень. 20 с. URL: http://icps.com.ua/assets/uploads/images/files/zovn_pol_kandidats_a4_v01.pdf

2. Глобальна та національна безпека. Підручник / авт. кол. :В.І. Абрамов, Г. П. Ситник, В. Ф. Смолянюк та ін. / за заг. ред. Г. П. Ситника. Київ : НАДУ, 2016. 784 с.

3. Даник Ю. Г. Актуальні питання розвитку міжнародної безпеки. *Актуальні проблеми державного управління*. 2008. №2. С. 284–295. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdy_2008_2_38

4. Черняк Н. П., Первій В. Ю. Щодо поняття національної безпеки. *Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти : матер. III Міжнар. наук.-практ. конф.* (м. Дніпро, 15 бер. 2019 р.). Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2019. С.52–53.

5. Олександр Соснін. Розуміння сутності національної безпеки: світоглядно-понятійні й науково-теоретичні засади (частина 1). URL: <https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/rozuminnya-sutnosti-natsionalnoyi-bezpeky-svitoglyadno-ponyatijni-j-naukovo-teoretychni-zasady-chastyna-1/>

6. Закон України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 року № 2469-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text>

7. Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 №964-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. №39. Ст. 351.

8. Доронін І. М. Національна безпека України в інформаційну епоху: теоретико-правове дослідження. Дисертація. Київ. 2020. 539 с.

9. Указ Президент України від 28 грудня 2021 року № 685/2021 Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 жовтня 2021 року «Про Стратегію інформаційної безпеки» URL: <https://www.president.gov.ua/documents/6852021-41069>

10. Закон України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» від 9 січня 2007 р. № 537-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/537-16#Text>

ДЕЯКІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ОБРАЗИ ЧЕСТІ І ГІДНОСТІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЯ, ПОГРОЗИ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЮ (СТ. 435¹ КК УКРАЇНИ)

1. Повномасштабна збройна російська агресія, розпочата 24 лютого 2022 р., що стала новим етапом війни проти України, зумовила виникнення екстремальних умов, у яких усе українське суспільство змушене здійснювати свою життєдіяльність. Ці умови, юридично закріплені як воєнний стан, не можуть не впливати на масові суспільні явища, й зокрема вчинення суспільно небезпечних діянь. Державною реакцією на новітні виклики розвитку суспільства стало прийняття законів, якими криміналізовано окремі суспільно небезпечні діяння, уточнено ознаки основних складів, а також розширено перелік кваліфікуючих (особливо кваліфікуючих) ознак низки кримінальних правопорушень. Потрібно визнати, що юридичне закріплення деяких із кримінально-правових новел має досить дискусійний характер, потребує вдосконалення.

2. Серед діянь, визнаних кримінально протиправними, звернімо увагу на «образу честі і гідності військовослужбовця, погрозу військовослужбовцю» – ст. 435¹ Кримінального кодексу України (в подальшому – КК). Першим спірним моментом є закріплення цього кримінального правопорушення саме в розділі XIX Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення)». Як зазначено в ч. 1 ст. 401 КК, військовими кримінальними правопорушеннями визнаються передбачені цим розділом кримінальні правопорушення проти встановленого законодавством порядку несення або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними та резервістами під час проходження зборів. З цього визначення випливає, що родовим об'єктом військових кримінальних правопорушень є суспільні відносини, які формуються при несенні або проходженні військової служби як підгрунтя нормальної діяльності воєнної організації України. Діяння ж, ознаки яких сформульовані у ст. 435¹ КК, становлять безпеку для суспільних відносин, що забезпечують життя та здоров'я,

особисту безпеку, честь і гідність, приватну власність окремих потерпілих, якими визнаються як самі військовослужбовці, так і їх «близькі родичі чи члени сім'ї». На нашу думку, основний безпосередній об'єкт діяння, що розглядається, не охоплюється родовим об'єктом військових кримінальних правопорушень. Так само у зазначеній статті не конкретизується, яким суб'єктом (загальним або спеціальним) можуть бути вчинені відповідні дії. Спираючись на ч. 1 ст. 401 КК, очевидно, що суб'єктами (виконавцями) цих кримінальних правопорушень є військовослужбовці, військовозобов'язані та резервісти під час проходження ними зборів. Виникають сумніви щодо доцільності обмеження кола осіб, які можуть виконати передбачені ст. 435¹ КК діяння, лише цими суб'єктами. Наприклад, сумнівно, щоб виготовленням матеріалів, які містять образу честі і гідності, займалися саме військовослужбовці. Якщо навіть визнавати їх суб'єктами кримінального правопорушення, постає питання, яке взаємне становище може бути у винного з потерпілим (наприклад, наявність відносин начальник – підлеглий, або ж таких відносин не повинно бути). З урахуванням неоднозначних моментів можна запропонувати закріпити у цьому кримінальному правопорушенні суб'єкта як загального. Це надасть змогу здійснювати повноцінну кримінально-правову боротьбу з посяганнями на військовослужбовців, що здійснюють заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, без урахування того, яким саме суб'єктом вони вчинені.

Прийняття цієї пропозиції потребуватиме переміщення відповідної кримінально-правової норми до іншого розділу Особливої частини КК. Наприклад, до розділу I «Злочини проти основ національної безпеки України» (скажімо, у вигляді ст. 114³ КК), де вже закріплені кримінальні правопорушення, пов'язані з втручанням у законну діяльність Збройних Сил України (ст.ст. 114¹, 114² КК). Іншим варіантом може бути розміщення відповідної норми в розділі XV Особливої частини «Кримінальні правопорушення проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та кримінальні правопорушення проти журналістів» з одночасним включенням до його назви вказівки на кримінальні правопорушення проти військовослужбовців (або ж, принаймні, авторитету військової служби). Цей варіант передбачає визнання потерпілою особою будь-якого військовослужбовця (та його близьких родичів або членів сім'ї), незалежно від характеру виконуваної ним діяльності.

3. Сумнівним є вживання у ст. 435¹ КК словосполучення «образа честі і гідності». Згідно з роз'ясненням тлумачного словника образа в першому

своєму значенні – це «зневажливе висловлювання, негарний вчинок і т. ін., що спрямовані проти кого-небудь і викликають у нього почуття гіркоти, душевного болю» [2, с. 815], отже, образа спрямована проти «когось», а не «чогось». Тому доцільно замінити словосполучення «образу честі і гідності» або єдиним словом «образу», або словосполученням «приниження честі і гідності». КК 1960 р. закріплював образу як загальнокримінальний злочин, що полягав у приниженні честі і гідності особи, вираженому в непристойній формі (ст. 126), образу почуттів громадян у зв'язку з їх релігійними переконаннями (ст. 66), а також цілу низку спеціальних норм про образу окремих категорій потерпілих, як-то: образу судді (ст. 176–3), образу прокурора або слідчого (ст. 176–5), образу представника влади або представника громадськості, який охороняє громадський порядок (ст. 189), образу працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку або військовослужбовця (ст. 189–1), образу підлеглим начальника або начальником підлеглого (ст. 237) [3; 4]. У чинній же редакції КК 2001 р. усі перелічені діяння декриміналізовані, за винятком образи почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями (ст. 161 КК) та, частково, образи військовослужбовця (ст. 435¹ КК). У інших випадках щодо честі й гідності в КК цілком виправдано вживається термін «приниження» (ч. 1 ст. 120, ч. 1 ст. 161 КК).

4. Не можна погодитися з доцільністю об'єднання у кримінальному правопорушенні, передбаченому однією й тією самою частиною статті, таких дій, як «образу честі і гідності» та «погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна». На наш погляд, за ступенем суспільної небезпечності зазначені дії досить суттєво відрізняються одна від одної. Наприклад, у КК чинної редакції закріплені як окремі кримінальні правопорушення погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345 КК), погроза або насильство щодо журналіста (ст. 345¹ КК), погроза або насильство щодо державного чи громадського діяча (ст. 346 КК), погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок (ст. 350 КК), погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного (ст. 377 КК), погроза або насильство щодо начальника (ст. 405 КК) тощо. Водночас, як уже зазначалося, крім ст.ст. 161 та 435¹ КК, кримінальна відповідальність за образу на сьогодні у КК відсутня. Якщо все ж криміналізувати відповідні діяння, що виглядає як спроба певною мірою відновити практику закріплення образи як кримінального правопорушення щодо деяких категорій

потерпілих, виникає більш глобальне питання, чому така криміналізація має стосуватися винятково військовослужбовців, які здійснюють заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації, їх близьких родичів чи членів сім'ї, і не поширюватися, наприклад, на працівників правоохоронних органів, журналістів, суддів тощо. У разі послідовного продовження реалізації цього напрямку кримінально-правової політики незабаром подібні діяння можуть бути рекриміналізовані (криміналізовані знову, як це мало місце у КК 1960 р.). Незважаючи на наявність багатьох прихильників криміналізації наклепу та образи, їх аргументи виглядають недостатньо переконливими [1, с. 269]. У будь-якому випадку, до такої тенденції потрібно поставитися з великою пересторогою, щоб не допустити надмірного обмеження свободи вираження поглядів, закріпленої у ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Ці обмеження можуть встановлюватися законом лише в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду (ч. 2 ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Європейський суд з прав людини в рішенні у справі Лінгенса проти Австрії («Lingens v. Austria») в абз. 1 п. 41 зазначив, що «за умови додержання пункту 2 (ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод – К. О.) свобода вираження стосується не лише тієї «інформації» чи тих «ідей», які отримані належним чином або розглядаються як необразливі чи незначні, а й тих, що викликають образу, обурення або неспокій» [5].

5. Замість простої констатації того, що потерпілий військовослужбовець «здійснює заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації», на нашу думку, точніше було б в диспозиції статті зазначити спеціальний мотив цього злочину – «у зв'язку зі здійсненням ним заходів...». Це уточнення дозволить чітко розмежовувати кримінальні правопорушення, які пов'язані та не пов'язані з діяльністю військовослужбовців, відмежовувати від поведінки, яка не визнається кримінально протиправною (зокрема, від образи з особистих мотивів).

6. Також з урахуванням перспективи розвитку збройного конфлікту, який вже зараз стає досить затяжним, навряд чи правильно надавати вичерпний перелік держав-агресорів. Наприклад, Республіка Білорусь, територія якої

використовується російськими військами для здійснення обстрілів нашої держави, а також й інші одиничні держави або невизнані «республіки» (як, приміром, так звана Придністровська Молдавська Республіка), потенційно можуть приєднатися до путінського режиму в його війні проти України.

7. Підсумовуючи наведені вище положення, пропонуємо викласти відповідну статтю КК у такій редакції:

«**Стаття ...** Образа або погроза щодо військовослужбовця

1. Приниження честі і гідності військовослужбовця, його близьких родичів чи членів сім'ї у зв'язку зі здійсненням ним заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, –

карається ...

2. Погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна військовослужбовцю, його близьким родичам чи членам сім'ї у зв'язку зі здійсненням ним заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, –

карається ...

3. Виготовлення та поширення матеріалів, які принижують честь і гідність, містять погрозу вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо військовослужбовця, його близьких родичів чи членів сім'ї у зв'язку зі здійсненням ним заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, –

караються ...».

Список використаних джерел:

1. Андрушко А. Проблеми кримінально-правової охорони честі та гідності особи. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 12. С. 268–272.

2. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.

3. Кримінальний кодекс України (від статті 1 до статті 146): Затверджений Законом від 28.12.60 р. (Втратив чинність з 01.09.2001 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2001-05#Text> (дата звернення: 20.05.2022).

4. Кримінальний кодекс України (від статті 147 до статті 263): Затверджений Законом від 28.12.60 р. (Втратив чинність з 01.09.2001 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2002-05#Text> (дата звернення: 20.05.2022).

5. Справа Лінгенса (12/1984/84/131). Європейський суд з прав людини. Страсбург, 8 липня 1986 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_066#Text (дата звернення: 20.05.2022).

*Горпинюк О. П.,
к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінально-правових
дисциплін
Інституту права Львівського
державного університету внутрішніх
справ*

ПРАВОВИЙ СТАТУС ДІЯЛЬНОСТІ ДОБРОВОЛЬЧИХ ФОРМУВАНЬ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

Окрім військовослужбовців Збройних Сил України (далі – ЗСУ) участь у стримуванні та відсічі збройній агресії Російської Федерації на території України беруть Сили територіальної оборони ЗСУ та добровольчі формування територіальних громад. Згідно положень Закону України від 16 липня 2021 року «Про основи національного спротиву» [1] Сили територіальної оборони ЗСУ – окремих рід сил ЗСУ, на який покладається організація, підготовка та виконання завдань територіальної оборони. Вони були створені за 2 місяці до повномасштабного вторгнення Російської федерації в Україну. Своєю чергою, добровольче формування територіальної громади – воєнізований підрозділ, сформований на добровільній основі з громадян України, які проживають у межах території відповідної територіальної громади, який призначений для участі у підготовці та виконанні завдань територіальної оборони в межах території відповідної територіальної громади.

На сьогоднішній день залишається маловідомим, чим відрізняється служба в ЗСУ від служби в територіальній обороні. Між собою вони відрізняються підставами для початку проходження, строками відповідної військової служби та підставами звільнення від неї. Різниця також полягає у структурі й у завданнях. Якщо до ЗСУ входять військовослужбовці, резервісти та мобілізовані, то до підрозділів територіальної оборони крім цих формувань входять також добровольчі формування територіальних громад. Водночас не слід плутати добровольців Сил територіальної оборони ЗСУ та членів добровольчих формувань територіальних громад. Першими можуть бути громадяни України або іноземці чи особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах впродовж останніх п'яти років та на добровільній основі зараховані до проходження служби у складі добровольчого формування Сил територіальної оборони ЗСУ [1], а членом добровольчого формування може бути громадянин України віком від 18 років, який

проживає на території громади, де діє добровольче формування, пройшов медичний, професійний та психологічний відбір (перевірку) і уклав контракт[2].

Відповідно до законодавства на громадян України, зарахованих до складу добровольчих формувань територіальних громад, під час участі у підготовці та виконанні завдань територіальної оборони поширюється дія статутів Збройних Сил України. Добровольчі формування, з-поміж іншого, можуть брати участь у боротьбі з диверсійно-розвідувальними силами, іншими збройними формуваннями агресора (противника) та не передбаченими законами України воєнізованими або збройними формуваннями[2]. Крім цього члени добровольчих формувань під час виконання завдань територіальної оборони можуть застосовувати особисту мисливську зброю та набой до неї[3].

Постає також питання про взаємодію між добровольчими формуваннями територіальних громад та ЗСУ. Відповідно до Закону добровольчі формування територіальних громад підпорядковуються керівництву Сил територіальної оборони ЗСУ, взаємодіють разом з ними в інтересах громади та на території цієї громади. Водночас, в одному з нещодавніх інтерв'ю командувач Сил територіальної оборони генерал Юрій Галушкін зазначив, що на сьогодні деякі добровольчі формування виконують завдання по обороні держави поза межами територіальної громади, тож відпрацьовується законопроект, який буде передбачати використання добровольчих формувань територіальних громад поза межами цих громад. Війна внесла свої корективи і ми бачимо, що коли на території громади ведуться бойові дії, то добровольчі формування територіальних громад воюють разом і на рівні з підрозділами ЗСУ[4].

Таким чином, актуальним видається питання про те, як саме кримінальний закон охороняє діяльність відповідних добровольчих формувань територіальних громад та їх членів у порівнянні з військовослужбовцями ЗСУ. У КК України передбачено низку кримінально-правових норм, спрямованих на охорону авторитету військовослужбовців (відповідальність за опір військовослужбовцю, посягання на його життя, знищення чи пошкодження майна працівника правоохоронного органу). КК України встановлено відповідальність за допомогу у веденні бойових дій проти ЗСУ (одна з форм колабораційної діяльності, ст.111–1). Примітно, що у березні КК України, а саме розділ про військові кримінальні правопорушення (розділ XIX) доповнено спеціальною статтею (ст.435–1) про відповідальність за образу честі та гідності військовослужбовця та за погрозу вбивством, насильством

або знищенням чи пошкодженням майна військовослужбовцю, який здійснює заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації, його близьким родичам чи членам сім'ї. Зазначена стаття та її розташування у КК України не позбавлені певних недоліків, про які вдало зауважує М. І. Хавронюк[5]. Зокрема йдеться про те, що відповідний злочин у частині погрози є злочином проти авторитету органів державної влади і має бути розміщений в розділі XV Особливої частини КК України. Водночас, цей розділ уже містить норми про погрози службовим особам та працівниками правоохоронних органів, якими є військовослужбовці (ст.ст. 345, 350).

У той же час, про відповідальність за посягання на добровольчі формування територіальних громад у КК України не вказано. Лише у ст. 111–1 КК визначено відповідальність за одну з форм колабораційної діяльності, а саме надання допомоги у веденні бойових дій проти добровольчих формувань, що були утворені або самоорганізувалися для захисту незалежності, суверенітету та територіальної цілісності України, що може охоплювати й такі формування. Видається, що доцільним було б встановити кримінальну відповідальність за посягання на авторитет та посягання на життя членів добровольчих формувань територіальних громад. Крім того, за Законом України від 6 грудня 1991 року «Про оборону України» [6], введено поняття «бойовий імунітет», який передбачає звільнення від кримінальної відповідальності 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 збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння). Такий бойовий імунітет за Законом поширюється на військовослужбовців, добровольців Сил територіальної оборони ЗСУ. Враховуючи те, що члени добровольчих формувань територіальних громад мають відмінності з добровольцями Сил територіальної оборони, але на рівні з військовослужбовцями ЗСУ можуть виконувати завдання з оборони України, використовувати особисту мисливську зброю та набої до неї, то бойовий імунітет також повинен поширюватися й на таких осіб.

Список використаних джерел:

1. Про основи національного спротиву: Закон України від 16.07.2021 № 1702-IX. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-20#Text> (дата звернення: 18.05.2022)

2. Положення про добровільні формування територіальних громад: постанов Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1449. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1449-2021-п#Text>(дата звернення: 18.05.2022)

3. Про затвердження порядку застосування членами добровільних формувань територіальних громад особистої мисливської зброї, стрілецької зброї, інших видів озброєння та боєприпасів до них під час виконання завдань територіальної оборони: Постанова Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1448. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1448-2021-п#n12>(дата звернення: 18.05.2022)

4. «За тиждень після початку відкритої агресії Росії нас стало 110 тисяч» – інтерв'ю із командувачем Сил тероборони. URL.: <https://suspilne.media/236116-zatizden-pisla-pocatku-vidkritoi-agresii-rosii-nas-stalo-110-tisac-intervu-iz-komanduvacem-sil-teroboroni/>

5. Микола Хавронюк. Кримінальна відповідальність за образу військовослужбовця та погрозу йому. URL.: <https://racurs.ua/ua/b230-kriminalna-vidpovidalnist-za-obrazu-viyskovoslujbovcya-ta-pogrozu-yomu.html>

6. Про оборону України: Закон України від 6 грудня 1991 року № 1932-ХІІ. URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text>(дата звернення: 18.05.2022)

Козак В. А.

к.ю.н., доцент,

*доцент кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ЩОДО СУТНОСТІ ТОРГІВЛІ ЛЮДЬМИ: ПРОБЛЕМИ ПОШУКУ ТА ВИЗНАЧЕННЯ В УМОВАХ ВІЙНИ

На сьогодні торгівля людьми є одним із найбільш небезпечних посягань на волю (свободу) людини, кримінальна відповідальність за вчинення такого передбачена статтею 149 Кримінального кодексу України (далі – КК). Із початком воєнних дій, окупацією частини території України питання щодо визначення сутності торгівлі людьми набуває своєї актуальності, оскільки його правильне вирішення дозволить більш ефективно використовувати кримінальний закон у боротьбі з цим явищем, у тому числі під час воєнного стану в нашій країні.

Прогидії торгівлі людьми присвячена низка міжнародно-правових документів. До останніх, зокрема, слід віднести Конвенцію про рабство від

25.09.1926 [4]; Конвенцію про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами від 02.12.1949 [3]; Додаткову конвенцію про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв подібних до рабства від 07.09.1956 [1]; Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000 [6]; Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії від 20.11.2014 [8]. На європейському рівні такими міжнародно-правовими актами, присвяченими боротьбі з торгівлею людьми, зокрема, виступають Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16.05.2005 [5] та Рамкове рішення № 2002/629/ПВД Ради про боротьбу з торгівлею людьми від 19.07.2002 [7]. На національному рівні основним законодавчим актом, який визначає організаційно-правові засади протидії торгівлі людьми є Закон України «Про протидію торгівлі людьми» від 20.09.2011 [2].

Зазначені правові акти дещо по-різному дають визначення поняття «торгівля людьми» (у деяких із них зустрічаються, навіть, й інші терміни – «торгівля невольниками», «работоргівля» тощо). Враховуючи ту обставину, що саме чинний кримінальний закон України визначає, які саме суспільно небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили (ч. 2 ст. 1 КК), при дослідженні питання щодо сутності поняття торгівлі людьми ми першочергово будемо спиратися на ті ознаки, які містить ч. 1 ст. 149 КК. Відповідно до неї кримінально-караними є «торгівля людиною, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації, з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію».

Аналіз ч. 1 ст. 149 КК дозволяє поставити наступне питання: чи охоплюється поняттям «торгівля людьми» такі, зокрема, дії винного як вербування, переміщення та переховування потерпілої особи? На перший погляд, начебто ні, оскільки законодавець у ч. 1 ст. 149 КК відмежує ці поняття словами «а так само». Однак, враховуючи назву статті 149 («Торгівля людьми»), визначення цього поняття, котре містить ст. 1 Закону України «Про протидію торгівлі людьми» від 20.09.2011, слід дійти висновку, що на сьогодні існує два поняття «торгівля людьми»: більш вузьке, котре охоплює

собою лише одне із альтернативних діянь, передбачених ч. 1 ст. 149 КК, та широкіше – де поняттям «торгівля людьми» охоплюються, зокрема, й такі окремі дії винного як вербування, переміщення та переховування потерпілої особи. Останній підхід закладено й у низці міжнародно-правових актів (ст. 3 Протоколу про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000; ст. 4 Конвенції Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16.05.2005; ст. 1 Рамкового рішення № 2002/629/ПВД Ради про боротьбу з торгівлею людьми від 19.07.2002). Саме зазначені міжнародні правові акти й обумовили віднесення вітчизняним законодавцем у ч. 1 ст. 149 КК до торгівлі людьми у широкому розумінні (як це впливає із назви цієї статті) не лише власне торгівлю людиною, але й таких окремих дій як вербування, переміщення та переховування потерпілої особи.

Чи можна вважати такий підхід обґрунтованим? Відповідь на це питання напряму залежить від вирішення іншого питання: що ж саме, виходячи із доктринальних засад, слід розуміти під торгівлею людьми як явищем об'єктивної дійсності (а не як проявом суб'єктивної думки законодавця). Або, іншими словами, це питання про сутність торгівлі людьми.

На наш погляд, дослідження сутності торгівлі людьми слід розпочинати з аналізу основного безпосереднього об'єкта цього злочину, оскільки саме основний безпосередній об'єкт і визначає його юридичну природу (суть). Таким об'єктом на наше глибоке переконання виступає свобода волі (або так звана «фізична свобода») людини, тобто її можливість (право) обирати той чи інший варіант поведінки, вчиняти дії відповідно до власної свідомості та волі. Без посягання на свободу волі людини взагалі немає торгівлі людьми. Це правило залишається незмінним й у тих випадках, коли потерпілим виступає психічно хвора чи малолітня особа (наприклад, грудне немовля). Незважаючи на ту обставину, що зазначені особи внаслідок психічної хвороби чи малоліття не мають реальної можливості здійснювати вчинки відповідно до власної свідомості та волі, у таких випадках страждає їх об'єктивне (природне та невідчужуване) право на це.

Висновок про те, що торгівля людьми посягає, насамперед, на свободу волі людини має й своє історичне обґрунтування. Так, появи поняття «торгівля людьми» передували такі поняття як «торгівля невільниками» (ст. 1 Конвенції про рабство від 25.09.1926) та «работоргівля» (розділ II Додаткової конвенції про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв подібних до рабства від 07.09.1956). Остання, у свою чергу, тісно пов'язана

із таким явищем як рабство, під яким традиційно розуміють підневільний стан людини та щодо котрої здійснюються атрибути права власності (ст. 1 Конвенції про рабство від 25.09.1926). Тому сучасна торгівля людьми це, по суті, «модернізована» работоргівля минулого: і перше, і друге явище посягає на свободу волі людини.

Такий підхід у розумінні торгівлі людьми дозволяє, з одного боку, відмежувати цей злочин від актів правомірної поведінки (так званий «продаж» футболіста із одного клубу в інший, де фізична свобода гравця нічим не обмежується; «передача» батьками своєї дитини до літнього табору відпочинку), а, з іншого, відмежувати це кримінальне правопорушення від суміжних правопорушень (наприклад, від організаційного сприяння за відповідну плату у добровільному зайнятті проституцією іншою повнолітньою особою, де посягання на свободу волі також відсутнє). Саме останні випадки досить часто розглядаються судовою практикою як торгівля людьми, що на нашу думку є неприпустимим, оскільки сприяння саме добровільному зайняттю проституцією іншою особою свідчить про відсутність посягання на основний безпосередній об'єкт злочину, який одержав своє формальне закріплення й у назві розділу III Особливої частини КК (куди й поміщена законодавцем стаття 149) – воля особи.

Другою складовою сутності торгівлі людьми є її об'єктивний (зовнішній) прояв через дії відповідних виконавців злочину. Враховуючи ту обставину, що сам факт торгівлі може мати місце щонайменше між двома суб'єктами (так звані випадки необхідної чи обов'язкової співучасті), до таких дій слід віднести *передачу* одним суб'єктом та *одержання* іншим суб'єктом потерпілої особи (людини). При цьому зазначені дії усвідомлюються винними як певна незаконна угода між ними, предметом якої виступає потерпілий.

Таким чином, *сутність торгівлі людьми полягає у посяганні на свободу волі особи шляхом здійснення незаконної угоди, предметом якої виступає людина, через вчинення передачі потерпілого однією особою та його відповідного одержання іншою особою.*

Передача потерпілого від одного суб'єкта кримінального правопорушення до іншого на підставі незаконної угоди – саме ця ознака дозволяє відмежувати розглядуваний злочин (а, по суті, й надає «право» торгівлі людьми на «самостійне життя» у кримінально-правовому полі) від іншого кримінального правопорушення – незаконного позбавлення волі або викрадення людини (ст. 146 КК), де здійснення такої незаконної угоди у формі передачі-одержання потерпілого відсутнє.

Що ж стосується дій по вербуванню, переміщенню та переховуванню потерпілого, то вони носять допоміжний («обслуговуючий»), супутній,

субсидіарний, попередній щодо передачі та одержання людини характер, а тому не можуть бути віднесеними до сутності торгівлі людьми (до розряду дій виконавця цього злочину). Кваліфікація таких дій (за умови їх виключення із чинної редакції ч. 1 ст. 149 КК) повинна відбуватися із застосуванням відповідних норм про стадії вчинення кримінального правопорушення (наприклад, щодо вербування) чи співучасть (зокрема, пособництво: переміщення, переховування).

Слід також зазначити, що на суть торгівлі людьми не впливає, здійснюється така передача-одержання за матеріальну винагороду чи безоплатно; назавжди (безповоротно) чи на певний строк (наприклад, передача потерпілого «в оренду» для примусового виконання ним відповідних робіт); це відбувається на території України, чи потерпілого переміщують за кордон і т.д. Будь-який випадок торгівлі людьми незалежно від способу, місця, мети чи інших додаткових обмежувальних ознак повинен визнаватися кримінально-караним. Включення до основного складу торгівлі людьми додатково (окрім тих, які визначають її сутність) будь-якої об'єктивної (наприклад, спосіб вчинення – примус) чи суб'єктивної (наприклад, мета експлуатації потерпілого) ознаки свідчить про те, що за відсутністю цієї обмежувальної ознаки торгівля людьми є правомірним вчинком. Такий підхід є принципово неправильним, оскільки залишає в реальному житті місце для торгівлі людьми як правомірної діяльності, змінюючи, таким чином, її сутність (природу).

Дійсно, на практиці переважна більшість випадків торгівлі людьми пов'язана з метою експлуатації потерпілої особи. Саме факт експлуатації й свідчить, у першу чергу, що на свободу волі людини здійснюється посягання. Але чому за межами кримінальної відповідальності мають бути випадки, коли, наприклад, бездітна сім'я купує собі грудне немовля у багатодітної родини? Чи чоловік, якій мріє про народження сина, обмінює в іншій родині свою шосту новонароджену доньку на немовля чоловічої статі? Чи військовий злочинець, який викрав на окупованій території дівчину, та вирішив подарувати (чи продати) потерпілу своєму другу, котрий її не експлуатує, а лише незаконно утримує? Приклади, де по суті має місце торгівля людьми без мети експлуатації потерпілого, можна продовжувати. Тому, на наш погляд, зазначені об'єктивні та суб'єктивні ознаки (спосіб, мотив, мета та ін.), котрі, у свою чергу, свідчать про більш високий ступінь суспільної небезпеки (у тому числі, й вчинення цього злочину в умовах воєнного стану), повинні передбачатися в якості кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак цього складу злочину. Саме такий підхід й дозволить більш точно дати визначення поняття торгівлі людьми у КК, а, отже, й зробити

кримінальний закон більш ефективним у боротьбі з цим посяганням на одне із природніх та невідчужуваних прав людини.

Список використаних джерел:

1. Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв подібних до рабства від 07.09.1956 // Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_160#Text

2. Закон України «Про протидію торгівлі людьми» від 20.09.2011 // Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3739-17#Text>

3. Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і з експлуатацією проституції третіми особами від 02.12.1949 // Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_162#Text

4. Конвенція про рабство від 25.09.1926 // Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_857#Text

5. Конвенція Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми від 16.05.2005 // Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_858#Text

6. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, що доповнює Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності від 15.11.2000 // Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_791#Text

7. Рамкове рішення №2002/629/ПВД Ради про боротьбу з торгівлею людьми від 19.07.2002 // Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a73#Text

8. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо торгівлі дітьми, дитячої проституції і дитячої порнографії від 20.11.2014 // Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_b09#Text

Вишнеvsька І. А.,

Аспірантка

кафедри кримінального права

Національного юридичного університету

імені Ярослава Мудрого,

МЕДИЧНЕ СОРТУВАННЯ (ТРИАЖ) В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ ТА КРИМІНАЛЬНИЙ ЗАКОН

1. Війна мобілізує усі сфери життя суспільства. Сфера охорони здоров'я бере на себе удар разом із ЗСУ, адже на неї покладено обов'язок надання медичної допомоги як військовим, так і постраждалим цивільним особам. Обстріли, які призвели до масових жертв, вимагають при-

йняття швидких та узгоджених рішень від національної системи охорони здоров'я взагалі та окремого медичного працівника зокрема, спрямованих на раціональний розподіл ресурсів для надання своєчасної медичної допомоги. Досягнення такої мети стає можливим завдяки застосуванню медичного сортування або, іншими словами, тріажу, що довів свою ефективність на практиці.

Медичне сортування (тріаж) – це процес визначення пріоритету надання йому медичної допомоги пацієнтам в залежності від типу та терміновості надання медичної допомоги [1, с. 36]. Медичне сортування пацієнтів дозволяє оптимізувати ресурси системи охорони здоров'я та своєчасно надати медичну допомогу максимальній кількості постраждалих, що забезпечує відновлення втрачених ними життєвих функцій організму та сприяє збереженню здоров'я потерпілих осіб [2]. За надзвичайної ситуації, коли заклади охорони здоров'я стикаються із масовим надходженням жертв, виникає диспропорція між кількістю постраждалих і тяжкістю їх травм та наявними медичними силами і засобами (людськими ресурсами, матеріально-технічним забезпеченням), внаслідок чого надання повноцінної медичної допомоги одночасно всім постраждалим є неможливим.

2. Медичне сортування здійснюється медичними працівниками (лікарями, фельдшерами, медичними сестрами) у два етапи, під час яких вони керуються загальними вимогами до медичного сортування (далі – Загальні вимоги) [2] та стандартом екстреної медичної допомоги «Медичне сортування при масовому надходженні постраждалих на ранньому догоспітальному етапі», затвердженого наказом МОЗ України № 368 від 24 лютого 2022 року (далі – Стандарт) [3].

На першому етапі відбувається сортування пацієнтів безпосередньо біля місця надзвичайної ситуації і полягає у присвоєнні особі сортувальної категорії відповідно до стану її здоров'я, подальших прогнозів щодо стану особи та потреб в однорідних лікувальних та евакуаційних заходах. Загальними вимогами визначений наступний базовий обсяг медичної допомоги: для дорослих – перевірка наявності дихання та за потреби відновлення прохідності дихальних шляхів; визначення капілярного пульсу; визначення стану свідомості; для дітей до 8 років – відновлення прохідності дихальних шляхів; при відсутності дихання виконують 5 штучних вдихів. **Другий етап медичної допомоги** відбувається на: 1) сортувальному майданчику, 2) під час транспортування постраждалого в заклад охорони здоров'я та 3) в приймальних відділеннях закладу охорону здоров'я. Слід зауважити, що на другому етапі обсяг медичної допомоги пацієнту та базового медичного

обстеження значно розширюється і в подальшому деталізується щодо кожної окремої сортувальної категорії пацієнтів.

3. Відповідно до Стандарту пацієнти в умовах відділення екстреної медичної допомоги поділяються на 4 категорії: **1) Чорна категорія** – постраждалі, які мають сумнівний прогноз щодо успішності лікування з огляду на важкість, характер травми або невідкладний стан пацієнта та за наявності дефіциту сил та засобів для надання медичної допомоги в повному обсязі. В Загальних вимогах цій категорії відповідає **темно-фіолетовий** колір, яким позначаються постраждалі, що отримали травми, несумісні з життям та не мають шансів на життя, тобто пошкодження здоров'я постраждалого несумісні з його життям; **2) Червона категорія** – постраждалі, що знаходяться в критичному стані та потребують негайного виконання заходів/маніпуляцій, що рятують життя; **3) Жовта категорія** – постраждалі, надання допомоги яким може бути відкладено на декілька годин без загрози для їх життя; **4) Зелена категорія** – постраждалі, стан яких є стабільним і надання їм допомоги може бути відкладено на тривалий час без загрози для їх життя.

У Загальних вимогах та Стандарті визначається черговість евакуації та надання медичної допомоги, встановлюється її обсяг щодо кожної із окремих категорій. Проте, не дивлячись на зусилля медичних працівників по наданню медичної допомоги відповідно до зазначеної категоризації постраждалих, частина з них помирає або зазнає тяжкої шкоди здоров'ю. Однак, чи є підстави в таких випадках ставити питання про кримінальну відповідальність медичного працівника за неналежне виконання ним професійних обов'язків (ст. 140 КК України) або ж кримінальна відповідальність медичного працівника за настання смерті пацієнта або тяжкої шкоди його здоров'ю виключається?

4. Для встановлення правомірності поведінки медичного працівника під час медичного сортування, що потягло за собою смерть пацієнту або спричинення тяжкої шкоди його здоров'ю, мають значення дві умови, а саме: **1) який обсяг надання медичної допомоги** медичний працівник зобов'язаний був надати певній сортувальній категорії пацієнтів та **2) чи своєчасно** пацієнту була надана необхідна допомога з урахуванням черги надання медичної допомоги відповідній сортувальній категорії.

Як передбачає п. а ч. 1 ст. 78 Основ законодавства України про охорону здоров'я, надання своєчасної та кваліфікованої медичної допомоги є професійним обов'язком медичного працівника, зміст та обсяг якого конкретизується у відповідних нормативних актах, зокрема у клінічних протоколах

і стандартах надання медичної допомоги, затверджених Міністерством охорони здоров'я України. Щодо кожної з наведених сортувальних категорій пацієнтів (чорна, червона, жовта, зелена) у медичного працівника виникає обов'язок надати медичну допомогу. Так, відповідно до Загальних вимог, пацієнтам, які мають ураження, несумісні із життям, має бути надана паліативна медична допомога (симптоматична терапія, надання ефективного знеболення), щодо інших категорій – надається медична допомога, спрямована на відновлення дихання, зупинку кровотечі, знеболення тощо (див. пп. 1.1 п. 1 та пп. 2.1. п. 2 розділу II Загальних вимог).

Стандарт визначає порядок надання медичної допомоги при сортування у відділеннях екстреної медичної допомоги. Зокрема, ресурси відділення екстреної медичної допомоги повинні розподілятися наступним чином: спочатку надається медична допомога пацієнтам червоної та жовтої сортувальних категорій, після них – постраждалим чорної категорії, а в останню чергу – постраждалим зеленої сортувальної категорії.

В той же час, Загальні вимоги, повторюючи порядок надання медичної допомоги на другому етапі медичного сортування, окремим пунктом зазначають, що постраждалі чорної сортувальної категорії отримують паліативну допомогу, і не передбачають черговості у наданні такої допомоги. Відсутність у нормативному акті вказівки на чергу надання медичної допомоги суперечить вимогам правової визначеності і робить медичного працівника уразливим у випадках, коли під час надання медичної допомоги пацієнтам, наприклад, червоної категорії, постраждалих, що належить до чорної категорії, помирає.

Відсутність визначення черговості для пацієнтів чорної/темно-фіолетової категорії на другому етапі сортування має принципове значення для встановлення ознак правомірності поведінки медичного працівника у випадках заподіяння смерті або тяжкої шкоди здоров'ю пацієнтам чорної сортувальної категорії. Так, питання щодо черговості надання медичної допомоги пацієнтам, які мають сумнівний прогноз на успішність лікування, регламентовано лише на етапі надання допомоги у відділенні екстреної медичної допомоги. Відповідно до Стандарту, такі пацієнти отримують медичну допомогу, після постраждалих, що належать до червоної та жовтої сортувальних категорій. Однак варто зауважити, що ці вимоги не розповсюджуються під час тріажу на сортувальному майданчику або під час транспортування постраждалого в заклад охорони здоров'я. У цьому випадку проблему своєчасності надання медичної допомоги можна вирішити наступним чином: 1) якщо пацієнт отримав травми, несумісні з життям, та

перебуває без свідомості – медична допомога надається після пацієнтів червоної та жовтої категорій (за аналогією до Стандарту); 2) якщо пацієнт отримав травми, несумісні з життям, перебуває у свідомості – пацієнту має бути надано паліативної медичної допомоги за першої можливості (до або одразу після надання медичної допомоги пацієнтам червоної категорії) для зменшення його страждань від болю.

5. За умови дотримання медичним працівником вимог щодо обсягу та своєчасності (черговості) надання медичної допомоги кримінальна відповідальність за заподіяння шкоди пацієнту виключається внаслідок відсутності у його поведінці ознаки протиправності діяння. У цьому випадку обставиною, що виключає кримінальну відповідальність медичного працівника, є належне виконання ним свого професійного обов'язку. Оскільки перелік таких обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння у розділі VIII Загальної частини «Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння» не є вичерпним, то належне виконання професійних обов'язків належить до обставин, які передбачені в інших нормативно-правових актах [4, с. 601]. Така позиція знайшла свою підтримку в проєкті нового КК України, в якому передбачено: «Обставиною, що виключає протиправність діяння, також визнається дія або бездіяльність, яка хоча і не передбачена у цьому Розділі, але відповідає вимогам, визначеним ч. 1 цієї статті» (ст. 2.9.1 «Поняття та види обставин, що виключають протиправність діяння» Розділу 2.9. «Обставини, що виключають протиправність діяння») [5].

Таким чином, у випадку, що розглядається, має місце спеціальний вид виконання медичним працівником своїх професійних обов'язків, пов'язаних із медичним сортуванням. Особливостями є те, що у медичного працівника виникає професійний обов'язок надати медичну допомогу декільком пацієнтам, а фактично він надає медичну допомогу одному пацієнту відповідно до встановленого порядку черговості такої допомоги, в той час як інший пацієнт помирає або його здоров'ю заподіюється тяжка шкода. За дотримання умов надання належного обсягу медичної допомоги та її своєчасності (з урахуванням черговості), кримінальна відповідальність медичного працівника за шкоду, заподіяну пацієнту, виключається.

Список використаних джерел:

1. Classification and minimum standards for emergency medical teams. Geneva: World Health Organization; 2021. 147 p.
2. Про затвердження Загальних вимог щодо проведення медичного сортування постраждалих і хворих та форм медичної документації: Наказ МОЗ Укра-

їни № 366 від 18.05.2012. URL: Про затвердження Загальних вимог... | від 18.05.2012 №366 (rada.gov.ua) (дата звернення – 28.05.2022)

3. Стандарт екстреної медичної допомоги «Медичне сортування при масовому надходженні постраждалих на ранньому догоспітальному етапі», затверджений наказом МОЗ України № 368 від 24 лютого 2022 року. URL: 2022_368_ms_.pdf (dec.gov.ua) (дата звернення – 28.05.2022)

4. Баулін Ю. В. Новий Кримінальний кодекс України в контексті сучасної кримінально-правової думки. Антологія української юридичної думки : в 10 т. Т. 10 : Юридична наука незалежної України / ред. кол.: Ю. С. Шемшученко [та ін.]. Київ : Юрид. книга. 2005. С. 591–626.

5. Проект Кримінального кодексу України станом на 18 травня 2022 року. URL: Текст проекту нового Кримінального кодексу України | Новий Кримінальний Кодекс (newcriminalcode.org.ua) (дата звернення – 29.05.2022)

Копйова І. А.,

к.ю.н.,

асистентка кафедри

кримінального права

Національного юридичного університету

імені Ярослава Мудрого

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОЦІНКА ПУБЛІЧНОГО ОСУДУ ОСІБ, ЗАТРИМАНИХ ЗА КОРИСЛИВЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ, ВЧИНЕНЕ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство» від 3 березня 2022 р. №2117-IX частину четверту статей 185–187, 189 та 191 КК було доповнено словами «чи в умовах воєнного або надзвичайного стану». У пояснювальній записці до проекту цього закону такі зміни обґрунтовуються значною поширеністю випадків вчинення корисливих кримінальних правопорушень проти власності, які вчиняються з використанням умов воєнного стану, а також невідповідністю караності підвищеної суспільній небезпечності таких правопорушень. Останнє, як зазначається в пояснювальній записці, підштовхує громадян самостійно чинити «справедливість», а фактично – самосуд, над мародерами. Слід звернути увагу, що зміст поняття мародерства в умовах воєнного часу набув широкого тлумачення і охоплює не лише озна-

ки кримінального правопорушення, передбаченого ст. 432 Кримінального кодексу України (далі – КК) (викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених), а й ознаки більшості корисливих кримінальних правопорушень, пов'язаних з незаконним обертанням чужого майна на користь винного або інших осіб.

Проте, виходячи із публікацій у ЗМІ і соціальних мережах, випадки вчинення самосуду над особами, затриманими за корисливе кримінальне правопорушення проти власності (далі – мародери), не перестають бути поширеним явищем і після набрання чинності зазначеним законом. Дії по затриманню таких осіб найчастіше супроводжуються прив'язуванням до стовпа та поширенням фото прив'язаних в соціальних мережах. Однак трапляються випадки, коли такі дії не обмежуються прив'язуванням, а супроводжуються ще й побиттям, оголенням, розмалюванням обличчя фарбою тощо з подальшим поширенням відповідних фото.

Відповідно до ст. 38 КК дії, спрямовані на затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, безпосередньо після його вчинення, є правомірними, якщо вони вчинені з метою доставлення її відповідним органам влади. За загальним правилом, якщо ж такі дії були здійснені для досягнення інших цілей (наприклад, для самосуду), то це виключає їх правомірність. Прив'язування до стовпа мародера і поширення його фото у такому вигляді в соціальних мережах стало публічним самосудом, який викликаний підвищеною небезпечністю корисливих кримінальних правопорушень проти власності через використання умов воєнного стану. Як вбачається, самосуд над мародерами став поширеним явищем ще й внаслідок публічних закликів посадових осіб про боротьбу з мародерами. За таких умов публічний самосуд над мародерами став сприйматися у суспільстві виправданим умовами воєнного часу явищем. Проте такий самосуд порушує принцип презумпції невинуватості (ч. 1 ст. 62 Конституції України, ч. 2 ст. 2 КК), право на повагу до гідності (ч. 1 ст. 28 Конституції України), заборону піддавати особу катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню (п. а), п. с) ч. 1 ст. 3 Женевської конвенції від 12 серпня 1949 р. про захист цивільного населення під час війни, ст. 3 Європейської конвенції з прав людини, ст. 28 Конституції України). У зв'язку з цим суспільний осуд мародерів, який становить собою таке, що принижує гідність особи, поводження, не може бути виправданий умовами воєнного стану і у разі, коли такі дії містять ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого КК, повинен мати своїм наслідком кримінальну відповідальність.

Отже, прив'язування до стовпа мародера і поширення його фото у такому принизливому вигляді в соціальних мережах, навіть якщо кінцевою метою таких дій є доставлення його відповідним органам влади, слід кваліфікувати за ст. 146 КК як незаконне позбавлення волі. Якщо ж суспільний самосуд над мародером не обмежується прив'язуванням до стовпа, а супроводжується ще і його побиттям, оголенням, розмалюванням обличчя фарбою тощо з подальшим поширенням фото в соціальних мережах, то таке жорстоке, нелюдське, таке, що принижує гідність, поводження слід кваліфікувати за ст. 127 КК як катування, адже воно заподіює сильне фізичне чи моральне страждання мародеру і супроводжується метою його покарати.

*Шармар О. М.,
к.ю.н., доцент,
доцентка кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх справ,*

АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВЧИХ ЗМІН, ПРИЙНЯТИХ ДО СТ. 161 КК УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Введенням воєнного стану на території України 24.02.2022 р. зумовило внесення низку змін до КК України. Так, у ст. 161 КК «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної, регіональної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками» було внесено зміни на підставі Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції» від 03.03.2022 р.[1]. Цим законом криміналізовано умисні дії, спрямовані на розпалювання регіональної ворожнечі та ненависті.

Відповідно до положень чинної редакції ч. 1 ст. 161 КК України передбачається відповідальність за: «Умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, регіональної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності, або образу почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями, а також пряме чи непряме обмеження прав або встановлення прямих чи непрямих привілеїв громадян за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, інвалідності, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками».

Згідно з приміткою цієї статті під *регіональною належністю* слід розуміти належність особи за народженням чи проживанням до регіону – частини території України або території компактного розселення українців за межами території України, – що відрізняється від інших територій за низкою історичних, географічних, мовних та інших ознак.

Для з'ясування більш чіткого розуміння регіональної належності необхідно розкрити поняття регіону. У п. 7 ст. 1 ЗУ «Про засади державної регіональної політики» зазначено, що *регіон* – це територія Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя. Згідно зі ст. 133 КУ систему адміністративно-територіального устрою України складають: Автономна Республіка Крим, області, райони, міста, райони в містах, селища і села. Ці територіальні одиниці розрізняються *за трьома підставами*:

1) *за географічними ознаками* вони поділяються на регіони (АР Крим, області, райони, міста-регіони Київ і Севастополь) та населені пункти (міста, селища, села);

2) *за своїм статусом* – на: адміністративно-територіальні одиниці (області, райони), самоврядні територіальні одиниці – територіальні громади (міські, селищні, сільські). Крім того, АР Крим має особливий статус територіальної автономії, а райони в містах характеризуються ознаками як адміністративно-територіальних, так і самоврядних одиниць);

3) *за місцем у системі адміністративно-територіального устрою України* – на територіальні одиниці первинного рівня (міські, селищні і сільські територіальні громади), середнього рівня (райони) і вищого рівня (Автономна Республіка Крим, області, міста Київ і Севастополь).

Враховуючи зміст цієї класифікації стає очевидним те, що при формулюванні регіональної належності та поняття регіону законодавець зробив акцент на географічних підставах, але повною мірою не врахував адміністративно-правовий статус тої чи іншої території. Це матиме формальну невизначеність при кваліфікації дій, спрямованих на розпалювання регіональної ворожнечі та ненависті, яка, наприклад відбуватиметься не в усьому регіоні, а і в окремому районі регіону. Якщо законодавче визначення, що поняття регіону охоплює всю область, то виникає запитання чи можуть кваліфікувати умисні дії, спрямовані на розпалювання регіональної ворожнечі, вчинені в окремому (одному) районі чи громаді регіону? Наприклад, у цьому аспекті необхідно зазначити, що компактне поселення національних меншин може зосереджуватися в окремому (одному) районі, а не в усій області.

На підставі викладеного вважаю, що поняття регіональної належності, регіону потребує уточнення і в свою чергу його формальна визначеність

зможе забезпечити захист прав людини і громадянина і правильну кваліфікацію кримінальних правопорушень.

Мотиви расової, регіональної, національної або релігійної нетерпимості передбачені як кваліфікуючі ознаки містяться і в інших кримінальних правопорушеннях зокрема: тяжкі тілесні ушкодження (ч. 2 ст. 121 КК України), середньої тяжкості тілесні ушкодження (ч. 2 ст. 122 КК України), побої та мордування (ч. 2 ст. 126 КК України), катування (ч. 2 ст. 127 КК України), погроза вбивством (ст. 129 КК України), умисне вбивство (п. 14 ч. 1 ст. 115 КК України). Аналізуючи об'єктивну сторону складу злочину в ч. 2 ст. 161 КК України, а саме «дії, поєднані з насильством, погрозами» виникає запитання, які форми психічного та фізичного насильства охоплюються цим поняттям? Результати судової практики свідчать, що у разі заподіяння потерпілому насильства у вигляді легкого тілесного ушкодження, дії винного кваліфікуються за ч. 2 ст. 161 КК України. У зв'язку з цим виникає питання чи охоплюються поняттям насильство в ч. 2 ст. 161 КК України заподіяння потерпілому середньої тяжкості тілесних ушкоджень чи вимагає додаткової кваліфікації за ч. 2 ст. 122 КК України, яка також містить мотиви расової, національної чи релігійної нетерпимості. Якщо ж у цьому випадку дії винного кваліфікувати за сукупністю статей ч. 2 ст. 161 КК України та ч. 2 ст. 122 КК України, то це свідчить про подвійне інкримінування? Таке питання виникає і при тлумаченні поняття тяжких наслідків, які можуть бути спричиненні внаслідок вчинення цього злочину, передбачені ч. 3 ст. 161 КК України. Наприклад, чи потрібно у цьому випадку додатково кваліфікувати дії суб'єкта злочину при спричиненні потерпілому тяжких наслідків і за ч. 3 ст. 161 КК України за ч. 2 ст. 121 КК України, яка також містить мотиви расової національної чи релігійної нетерпимості. Якщо тілесне ушкодження має ознаку небезпечності для життя та здоров'я в момент заподіяння для потерпілого і вчинене з мотивів расової національної чи релігійної нетерпимості, то це вимагає кваліфікації за сукупністю ч. 3 ст. 161 КК України та ч. 2 ст. 121 КК України. Як наслідок, знову виникає подвійне інкримінування [2].

Таким чином, наявність кримінально-правових норм, які містять насильство, що вчиняється з мотивів нетерпимості може призвести до подвійного інкримінування та порушення конституційних принципів, що свідчить про необхідність подальшого удосконалення положень КК України. Із метою уникнення зайвої диференціації вважаємо, що законодавець має конкретизувати в ч. 2, 3 ст. 161 КК України фізичне і психічне насильство або виключити ознаки, які характеризують мотиви, расової, національної чи релі-

гійної нетерпимості із кваліфікуючих ознак кримінальних правопорушень проти життя та здоров'я особи.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції: Закон України від 3 березня 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2110-20#n7> (дата звернення: 13.04.2022 р.).

2. Шармар О. М. Проблемні питання тлумачення складу злочину порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками, передбаченого ст. 161 КК України/ URL: <http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/9497/1> (дата звернення: 13.04.2022 р.).

Колб О. Г.,

д.ю.н., професор,

голова робочої групи волонтерів

ГО «Союз інвалідів Чорнобиля Волині»

Всеукраїнської громадської організації

інвалідів

«Союз Чорнобиль України»

ПРО ДЕЯКІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ЗАХОДИ ЗАПОБІГАННЯ РОЗКРАДАННЯМ МАЙНА, ОТРИМАНОГО ВОЛОНТЕРСЬКИМИ ОРГАНІЗАЦІЯМИ

Як показує практика, більше 8-ми років, з часу військової агресії Російської Федерації (РФ) в Україні, в нашій державі досить ефективно, продуктивно та предметно вирішують різноманітні проблеми, що виникають в осіб, які приймають участь у відповідних військових формуваннях, та у потерпілих від військових дій, волонтерські організації вітчизняного та зарубіжного походження. При цьому зазначена суспільна діяльність суттєво активізувалась з 24 лютого 2022 року, у зв'язку з неоголошеною війною РФ для України, та яка триває у сьогоднішні. Без сумніву, основним покликанням суб'єктів, які здійснюють вказану гуманітарну місію як в нашій державі, так і в цілому в світі, є надання різнобічної та змістовної допомоги у життєзабезпеченні тих чи інших її споживачів (військовослужбовців, тимчасово переселених осіб, потерпілих від військової агресії, які проживають на

окупованих або звільнених територіях України, т. ін.) [1] – саме таким чином реалізується на практиці принцип гуманізму – один із пріоритетних у міжнародному праві та забезпечується у певній мірі відповідний рівень воєнної безпеки у світлі сучасних викликів і загроз [2, с. 33–47].

У той самий час, як свідчать деякі результати вивчення волонтерської діяльності в Україні, у її змісті чітко прослідковуються окремі суспільно небезпечні ознаки, які можуть бути кваліфіковані як кримінальні правопорушення, а, отже, мають стати об'єктами кримінологічного запобігання. Зокрема, такими об'єктами мають стати ті суспільні відносини, що стосуються запобігання кримінальним правопорушенням у сфері волонтерської діяльності, які досі на доктринальному рівні досліджені не в повній мірі, що не дозволяє ефективно впливати на практиці на детермінанти, які обумовлюють вчинення цих суспільно небезпечних діянь. Виходячи з цього та для досягнення мети і реалізації завдань даного наукового дослідження, варто здійснити аналіз різноманітних джерел, що стосуються сучасної практики протиправної поведінки у сфері волонтерської діяльності. Мова, зокрема, ведеться про численні факти нецільового (у сенсі об'єктів гуманітарної допомоги) та протиправного використання шляхом шахрайства волонтерських ресурсів, отриманих від громадян України та міжнародних неурядових організацій і фондів, окремими членами волонтерських формувань, та перстениками органів державної влади або органів місцевого самоврядування.

Зазначена так звана «волонтерська діяльність» не тільки є аморального по своїй суті та такою, що суттєвим чином підриває авторитет даного суспільного руху, але й підвищує рівень воєнної загрози в Україні, позаяк вказана протиправна поведінка «псевдо-волонтерів» використовується країною-агресором (у даному випадку – РФ) у пропагандистських джерелах та при оправданні свого вторгнення в нашу державу через необхідність «принесення» для українців «культури особливої нації» («руського миру»).

Показовими у цьому сенсі є наступні сучасні прояви «псевдо-волонтерства», які мали місце у березні-квітні 2020 року на території Волині. Так, за участь у шахрайських схемах, пов'язаних з волонтерською діяльністю, був звільнений один із заступників голови обласної державної адміністрації [3]. У свою чергу, за незаконний продаж бронежилетів та касок, отриманих від закордонних волонтерів, працівниками СБУ був затриманий працівник Підгайцівської сільської ради Волинської області (загальна вартість протиправної продукції «псевдо-волонтера» при цьому склала 18 тис. доларів США) [4]. Цікавим та таким, що є абсолютно аморальним по суті досліджуваної у цій роботі проблематики, й такий факт. Так, у березні 2022 року на Волинь

під виглядом гуманітарної допомоги пригнали броньований «Ауді» 2009 року вартістю 50 тис. доларів США для приватного підприємця добровільного формування «Струмівка» [5].

Судячи з інформації, яка оприлюднена у друкованих і електронних засобах масової інформації, включаючи мережу Інтернет, аналогічні протиправні діяння мають місце й в інших регіонах України. З огляду цього, як видається, варто на вказану проблему поглянути як з точки зору їх кримінально-правової кваліфікації, так і запобіжної діяльності. Проте, як показує практика досудового слідства, вирішити дане питання існуючими у Кримінальному кодексі (КК) України засобами досить складно [6, с. 17–30]. Сутність цієї проблеми полягає у наступному.

Згідно положень чинного КК, за вчинення шахрайських та тому подібних кримінально карних діянь передбачена відповідальність у таких його нормах: а) ст. 190 «Шахрайство»; б) ст. 192 «Привласнення, розтрата майна або заволодіння шляхом зловживання службовим становищем»; в) ст. 192 «Заподіяння майнової шкоди шляхом обману або зловживань довірою»; г) ст. 193 «Незаконне привласнення особою знайденого або чужого майна, що випадково опинилось у неї»; ґ) ст. 206–2 «Протиправне заволодіння майном підприємства, установи, організації»; д) ст. 212 «Ухилення від сплати податків, зборів, (обов'язкових) платежів»; е) 212–1 «Ухилення від сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування та страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне страхування»; є) інші статті КК. Разом з тим, застосувати вказані та інші норми КК у тих випадках, мова про які велась у цій роботі вище, на сьогодні практично неможливо. І ось чому.

Як це витікає із змісту ч. 1 ст. 2 КК підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом. У той самий час, якщо виходити з вимог формальної логіки та буквально із змісту існуючої на сьогодні волонтерської діяльності, то таких підстав у діяннях членів таких організацій (крім, звичайно, випадків крадіжок та інших тому подібних суспільно небезпечних діянь, що визначені як карані у КК) немає. А застосовувати при цьому аналогію закону КК України (ч. 4 ст. 3) забороняє.

У першу чергу, це стосується об'єкта кримінального правопорушення, а саме: власник майна, яке він передає волонтеру (або такій організації), добровільно відмовляється від права власності. У свою чергу, ні волонтер або організація, законні інтереси якої він представляє, а в подальшому – фізична (потерпілий) чи юридична особа (військова частина тощо) таке право не набуває у силу відсутності чіткої організації бухгалтерського обліку з цих питань та звітності про обіг отриманого від власника майна. Так, на жаль,

сформована практика волонтерської діяльності, яка не передбачає здійснення всіх передбачених Законом «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність» процедур – а, це, у свою чергу, виступає однією з детермінант, яка обумовлює вчинення різноманітних протиправних діянь у зазначеній сфері суспільних відносин [7, с. 274–280].

Поряд з цим, враховуючи велику суспільну небезпеку вказаних вище правопорушень, а також різноманітність їх протиправних проявів, логічно було б КК України доповнити ст. 193–1 «Незаконне привласнення майна волонтерами» та викласти її у наступній редакції:

«1. Незаконне привласнення майна, отриманого від волонтерів та їх організацій, особою, яка є членом волонтерської організації, що зареєстрована в установленому законом порядку, –

карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років із конфіскацією майна.

2. Ті ж дії, що вчинені повторно, або за попередньою змовою групою осіб, або у великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років із конфіскацією майна.

3. Ті ж дії, що вчинені в особливо великих розмірах, –

караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років із конфіскацією майна».

Однак, варто у зв'язку з цим зауважити, що такий законодавчий підхід буде можливим лише у випадку внесення відповідних змін у Закон України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні», зокрема шляхом доповнення його ст. 2 «Сфера дії Закону» частиною четвертою такого змісту:

«Дія зазначеного Закону поширюється також на фізичних і юридичних осіб, які займаються на законних підставах волонтерською або іншою благодійною діяльністю».

Звичайно, що запропонований у даній науковій статті підхід є не безспірним. У той самий час, цілком очевидним з цього приводу є й інший висновок: існуюча злочинність є динамічною системою, яка постійно видозмінюється, а, отже, суспільство і держава зобов'язані своєчасно та ефективно реагувати на її прояви у будь-яких формах, у тому числі й шляхом застосування відповідних запобіжних заходів, особливо в умовах формування та реалізації сучасної воєнної політики України.

Виходячи з отриманих результатів дослідження, варто звернути також увагу й на ще один аспект запобіжної діяльності, пов'язаної з волонтерством, а саме – на службову діяльність органів прокуратури та слідчих, що стосується протиправної поведінки членів волонтерських організацій. Зокрема, нерідко як

перші, так і другі не надають належної правової оцінки та не кваліфікують зазначені суспільно небезпечні діяння як кримінальні правопорушення, посиляючись на відсутність об'єкта злочину – права власності, створюючи таким чином юридично-психологічні передумови для вчинення цими категоріями суб'єктів кримінальних правопорушень проти правосуддя [8, с. 146–155].

Список використаних джерел:

1. Kolb, A. G., Hrushko, M., Teteriatnyk, H., Chepik-Trehubenko, O., & Kotliar, O. (2021). Peculiarities of Realization of the International Mechanism for the Protection of the Rights of Victims of Armed Conflict in the East of Ukraine. *Cuestiones Políticas*, 39(71), 334–349. URL: <https://doi.org/10.46398/cuestpol.3971.17>
2. Луценко Ю. В. Поняття та зміст воєнної безпеки України у світлі сучасних викликів та загроз. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2018. Вип. 137. С. 33–47.
3. Звільнили заступника голови Волинської ОДА. *Волинські новини*. 2022. 4 квіт. . URL: vw.volynnews.com.
4. На Волині затримали посадовця сільради, який незаконно продавав бронжилети та каски. *Волинські новини*. 2022. 15 квіт. URL: vw.volynnews.com.
5. Броньовану АУДІ за 50\$ тисяч пригнали на Волинь під виглядом гум допомоги. *Волинські новини*. 2022. 3 квіт. URL: vw.volynnews.com.
6. Оболенцев В. Ф. Держава Україна як система: системний підхід до запобігання корупції. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 138. С. 161–168.
7. Головкін Б. М. Про детермінацію злочинності. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 1. С. 274–280.
8. Шепітько М. В. Юридико-психологічні передумови формування системи протидії злочинам проти правосуддя, які вчиняються слідчим або прокурором. *Питання боротьби зі злочинністю*. Харків : Право, 2018. Вип. 35. С. 146–155.

Кришевич О. В.,

к.ю.н., професор,

*професор кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх справ*

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ГУМАНІТАРНОЇ ДОПОМОГИ ЧИ ШАХРАЙСТВО

У теперішній час в Україні надзвичайної актуальності набуває дослідження проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення, вчинені в особливих умовах, пов'язаних зі збройною агресією Ро-

сійської Федерації та в період воєнного стану в Україні. У період збройної агресії росії до України надсилається безліч гуманітарної допомоги від різних країн світу та приватних організацій як у вигляді предметів та товарів, так і у вигляді коштів, благодійної допомоги та пожертв. Згідно Закону «Про гуманітарну допомогу» *гуманітарна допомога* – вид безвідплатної допомоги засобами для життя, що безплатно поширюються серед населення районів, охоплених гуманітарною катастрофою або тих, що перебувають на її межі. Для умов озброєного конфлікту Міжнародний Суд визначив допустимому гуманітарну допомогу як «надання продовольства, одягу, ліків та іншої гуманітарної допомоги, за винятком зброї, систем озброєння, боеприпасів або іншого устаткування, автотранспортних засобів і матеріалів, які можуть бути використані для спричинення серйозних тілесних ушкоджень або стати причиною смерті». *В період воєнного стану, така допомога обов'язково має доходити до адресатів.* Крім того, Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період воєнного стану» спрощено процедуру визнання соціально значущих товарів гуманітарною допомогою, перелік яких затверджений Кабінетом Міністрів України, без прийняття відповідних рішень про визнання їх гуманітарною допомогою. Також, запрацював сервіс із оформлення електронної декларації для ввезення гуманітарної допомоги через митний кордон України, таким чином сервіс митна Е-декларація для гуманітарних вантажів пришвидшить ввезення вантажу на територію України та посприє зменшенню черг у митних пунктах.

У той же час враховуючи позитивні зміни в законодавстві виявляються численні випадки використання товарів гуманітарної допомоги не за призначенням та з метою отримання прибутку, що фактично і стало причиною запровадження кримінальної відповідальності за такі дії.

Порушеннями законодавства про гуманітарну допомогу, що тягне за собою кримінальну відповідальність, згідно із законом, є: використання гуманітарної допомоги не за цільовим призначенням; використання гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку; нерозміщення та/або несвоєчасне розміщення спеціально уповноваженими державними органами з питань гуманітарної допомоги рішення про визнання товарів (предметів) гуманітарною допомогою на своєму офіційному веб-сайті; ненаправлення та/або несвоєчасне направлення спеціально уповноваженими державними органами з питань гуманітарної допомоги рішення про визнання товарів (предметів) гуманітарною допомогою до органів доходів і зборів та інших

державних органів; порушення органами, які безпосередньо здійснюють державний санітарно-епідеміологічний, ветеринарно-санітарний, фітосанітарний, екологічний та радіологічний контроль товарів (предметів) гуманітарної допомоги, строків проведення відповідних видів контролю товарів (предметів) гуманітарної допомоги.

Що стосується змін кримінальним правопорушенням визнається: продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги; використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги з метою прибутку; укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання *прибутку*. Тобто головний акцент – це притягнення до відповідальності за *продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги*. Варто звернути увагу, що законодавцем охоплено диспозицією статті випадок реалізації гуманітарної допомоги з метою отримання *прибутку*, тобто сума, на яку доходи перевищують пов'язані з ними витрати. Мета отримання прибутку може бути доведена за допомогою доведення фактичного отримання прибутку або замаху. Але, не має жодних змін до діючого законодавства, випадки коли гуманітарна допомога просто знищується чи відбувається її розтрата без відповідної мети збагачення чи отримання прибутку у період воєнного стану. Крім того, не вказано у тексті закону, що продаж, використання та укладення правочинів щодо зазначених предметів мають бути передусім *незаконними*. Вказівка про незаконність лише у назві статті є недостатньою.

Якщо буквально сприймати формулювання ч.1 ст.201–2 КК, може склестися хибне враження, що кримінальним законом карається, у тому числі, продаж особою (набувачем гуманітарної допомоги або бенефіціаром благодійної пожертви) товарів, правомірно отриманих нею як гуманітарна допомога або благодійна пожертва. Але для цілей юридичної визначеності слід було зазначити про таку ознаку вказаних дій, як незаконність. Адже не будь-який продаж гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку є незаконним. По-друге, законодавець у ч. 1 ст. 201–2 КК передбачив, що кримінально-карним є саме продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги, використання благодійних пожертв (коштів, іншого майна, майнових прав), безоплатної допомоги (про неоднозначність використання цього поняття в тексті норми йдеться нижче) або укладення інших правочинів саме щодо такого майна. Незважаючи на посилання в примітці на закон «Про гуманітарну допомогу», незаконні дії з іншими, крім товарів, видами гуманітарної допомоги (наприклад, незаконне справляння плати з набувачів гуманітарної допомоги за таку допомогу у виді виконання робіт, надання послуг) не можуть становити об'єктивну сторону складу цього правопорушен-

ня. Це пояснюється тим, що роботи та послуги в силу своєї юридичної природи не можуть продаватися, оскільки вони виконуються та надаються. Також роботи та послуги навряд чи можуть вважатися майном, оскільки згідно з ч.1 ст.190 Цивільного кодексу майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Отже, особа, яка незаконно з метою отримання прибутку використала в значному розмірі гуманітарну допомогу у вигляді виконання робіт або надання послуг не може бути притягнена до кримінальної відповідальності за ч.1 ст.201–2 КК. По-третє, термін «безоплатна допомога», вжитого в ч. 1 ст. 201–2 КК. У ст.1 закону «Про гуманітарну допомогу» зазначено, що безоплатна допомога (пересилка, виконання робіт, надання послуг) – це надання гуманітарної допомоги без будь-якої грошової, матеріальної або інших видів компенсацій донорам. Інакше кажучи, безоплатна допомога в законодавстві розуміється як процес надання гуманітарної допомоги. Тому продаж, використання або укладання правочину щодо безоплатної допомоги вбачається неможливим. Імовірно, що шляхом вжиття терміну «безоплатна допомога» законодавець прагнув охопити інші види гуманітарної допомоги, включаючи роботи та послуги. Однак вважаємо таку спробу невдалою, адже узагальнюючим словом для предметів кримінального правопорушення в ч. 1 ст. 201–2 КК є все ж таки майно, що не включає роботи та послуги. Також не дуже зрозумілою є кваліфікаційна ознака, що полягає у прийнятому законодавцем *розмірі збитків* з якого настає кримінальна відповідальність за протиправне діяння відповідальність починається із суми 350 неоподаткованих мінімумів доходів громадян. В той же час, в разі якщо сума буде меншою, як саме правоохоронцям варто кваліфікувати вказане діяння. З одного боку, при недостатності суми реалізованих гуманітарних товарів, такі дії можуть бути кваліфіковані як замах на вчинення кримінального правопорушення за ч.1 ст.201–2 КК України. З іншого боку, таке діяння при недостатності суми збитків, може охоплюватись іншим складом злочину, а саме ст.190 КК України із відповідною частиною, в залежності від суми збитків. Ще однією практичної проблемою може стати процес внесення відомостей за ст.201–2 КК України до ЄРДР. Суть в тому, що предмети гуманітарної допомоги можуть бути реалізовані не одразу на суму більше 350 неоподаткованих мінімумів, а поступово. В разі поступової реалізації, дії охоплюватимуться єдиним умислом на реалізацію, наприклад, певної категорії товару на суму більше 350 неоподаткованих мінімумів. В такому разі, це буде продовжуваним злочином і може бути кваліфікований за ст.201–2 КК України. Правопорушення можна розглядати та кваліфікувати за іншою

статтею, наприклад, ст.190 КК України, а кожен наступний епізод буде кваліфікуватись також за ст.190 КК України, однак вже з урахуванням ознаку повторності. Чи варто при перевищенні суми в 350 неоподаткованих мінімумів доходів громадян об'єднувати злочини з ознаками повторності та перекваліфікувати на ст.201–2 КК України. По друге, хто має вказаний злочин розслідувати, оскільки підслідність щодо ст.201–2 КК України визначена за Службою безпеки України. В той же час, підслідність майнових кримінальних правопорушень (в тому числі згадуваної ст.190 КК) належить поліції. В той же час, в разі якщо сума буде меншою, як саме правоохоронцям варто кваліфікувати вказане діяння. З одного боку, при недостатності суми реалізованих гуманітарних товарів, такі дії можуть бути кваліфіковані як замах на вчинення кримінального правопорушення за ч.1 ст.201–2 КК України. З іншого боку, таке діяння при недостатності суми збитків, може охоплюватись іншим складом злочину, а саме ст.190 КК України із відповідною частиною, в залежності від суми збитків.

Порівняння ст.190 і ст.201–2 КК зазначимо, що, по-перше, ст.201–2 КК не передбачає обов'язкового заволодіння чужим майном, оскільки в ній ідеться лише про мету отримати прибуток, тобто для ст.201–2 КК немає значення, чи отримав винний очікуваний зиск. А по-друге, ст.201–2 КК не обмежує способи вчинення правопорушення обманом або зловживанням довірою. Іншими словами, цілком можливо, що покупець усвідомлює, що він купує гуманітарну допомогу, і його це повністю влаштовує. У випадку заволодіння коштами потерпілих шляхом продажу їм товарів гуманітарної допомоги, на наш погляд, може виникнути питання про ідеальну сукупність злочинів, передбачених ст.190 і ст.201–2 КК. Це впливає з того, що згадані склади злочини мають різний безпосередній об'єкт (ст.190 – відносини у сфері власності, ст. 201–2 – відносини у сфері гуманітарної допомоги та благодійної діяльності). У зв'язку з цим винний одним своїм діянням фактично посягає на обидва безпосередні об'єкти, а тому вчиняє не одне, а два правопорушення. Наприклад, аналогічно кваліфікується шахрайство, вчинене з використанням завідомо підробленого документа, – за ст.190 і ст.358 КК.

Список використаних джерел:

1. Закон України Про благодійну діяльність та благодійні організації від 05.07.2012 № 5073-VI Зміст Чинний зі змінами (Про благодійну діяльність та... | від 05.07.2012 № 5073-VI (rada.gov.ua)

2. Закон України «Про гуманітарну допомогу» від 22.10.99 р. № 1192-XIV (<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3835342-99>)

3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. Редакція: 24.04.2022 (Кримінальний кодекс України | від 05.04.2001 № 2341-III (rada.gov.ua))

*Ободець Є. А.,
курсантка другого курсу факультету № 1
Криворізького навчально-наукового
інституту
Донецького Державного університету
внутрішніх справ*

*Литвиненко О. Г.,
доктор філософії,
старший викладач кафедри організації
досудового розслідування Криворізького
навчально-наукового інституту
Донецького Державного університету
внутрішніх справ,*

НЕЦІЛЬОВЕ ВИКОРИСТАННЯ ГУМАНІТАРНОЇ ДОПОМОГИ ПІД ЧАС ВОЄННОГО СТАНУ

Сьогодні весь світ об'єднався, щоб допомогти українцям, які постраждали в результаті російської агресії. Але, на жаль, є люди, які прагнуть нажитися на чужому горі, використовуючи гуманітарну допомогу для нецільового призначення.

Відповідно до Закону України «Про гуманітарну допомогу», гуманітарна допомога – це цільова адресна безоплатна допомога в грошовій або натуральній формі, у вигляді безповоротної фінансової допомоги або добровільних пожертвувань, або допомога у вигляді виконання робіт, надання послуг, що надається іноземними та вітчизняними донорами із гуманних мотивів отримувачам гуманітарної допомоги в Україні або за кордоном, які потребують її у зв'язку з соціальною незахищеністю, матеріальною незабезпеченістю, важким фінансовим становищем, виникненням надзвичайного стану, зокрема внаслідок стихійного лиха, аварій, епідемій і епізоотій, екологічних, техногенних та інших катастроф, які створюють загрозу для життя і здоров'я населення, або тяжкою хворобою конкретних фізичних осіб,

а також для підготовки до збройного захисту держави та її захисту у разі збройної агресії або збройного конфлікту. Гуманітарна допомога є різновидом благодійництва [1].

Вичерпний перелік категорій товарів, що визнаються гуманітарною допомогою було затверджено постановою Кабінет Міністрів України № 224 від 7 березня 2022 року [2].

24 березня 2022 року Верховна Рада прийняла Закон «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за використання гуманітарної допомоги під час дії воєнного стану» [3]. Відтепер Кримінальний кодекс України доповнено статтею 201–2.

Згідно із зазначеною статтею продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання прибутку, вчинені у значному розмірі, караються штрафом від двох до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або вправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до чотирьох років. Окрім цього, у вказаній статті зазначено кваліфікуючі та особливо кваліфікуючі ознаки, такі як вчинення повторно або за попередньою змовою групою осіб, або службовою особою з використанням службового становища, або у великому розмірі та вчинені організованою групою або в особливо великому розмірі, або під час надзвичайного або воєнного стану. Такі дії караються позбавленням волі на строк від п'яти до семи років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна [3].

Нажаль, з моменту початку російської агресії збільшились випадки нецільового використання гуманітарної допомоги. Варто навести декілька таких прикладів.

Так, за процесуального керівництва прокурорів Львівської обласної прокуратури викрито та затримано двох громадян України за фактом незаконного використання гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку (ч. 3 ст. 201–2 КК України). За даними слідства, мешканці Львівщини під час воєнного стану організували незаконну реалізацію військового спорядження, отриманого як гуманітарна допомога. Окрім того, чоловіки привласнювали добровільні пожертви благодійників. Далі через банківські термінали та відділення кошти виводилися з рахунків [4].

Окрім цього, за процесуального керівництва Чернівецької обласної прокуратури викрито генерального директора медичного закладу області на

незаконному використанні гуманітарної допомоги (ч. 3 ст. 201–2 КК України). За даними слідства, посадовець лікарні використовував надану на потреби ЗСУ та закладам охорони здоров'я гуманітарну допомогу у виді 5 карет швидкої для особистого збагачення. Після прибуття на територію України автомобілі швидкої допомоги не були розподілені на потреби армії чи лікарень. Натомість вони були зареєстровані за благодійною організацією, яку очолює цей же керівник лікарні, та використовувалися для надання платних послуг громадянам [5].

Аналізуючи зазначені кримінальні правопорушення варто зробити висновок про те, що і в першому і в другому випадках суспільна небезпека неотримання гуманітарної допомоги за своїм цільовим призначенням є значною та може спричинити настання непоправних наслідків у вигляді людських втрат.

Також потрібно звернути увагу, на те, що законодавець зазначив у диспозиції досліджуваної статті виключно про реалізацію гуманітарної допомоги саме з метою отримання прибутку. Однак варто звернути увагу на те, що існують випадки знищення чи розтрати без мети збагачення чи отримання прибутку під час воєнного стану. Переконані, що така діяльність становить значну суспільну небезпеку, навіть більшу ніж при продажі гуманітарної допомоги, оскільки потреба людей до таких предметів зростає, а іноді є життєво необхідною. Ми пропонуємо доповнити ст. 201–2 КК України нормою, яка б передбачала відповідальність за знищення та розтрату гуманітарної допомоги, без мети збагачення. Вважаємо, що криміналізація таких діянь позитивно вплине на дії та поступки тих осіб, які уповноважені розподіляти гуманітарну допомог за місцем її призначення.

Підсумовуючи варто зазначити про те, що нецільове використання гуманітарної допомоги в умовах воєнного часу є злочином проти громадян нашої держави. Переконані, громадяни, або навіть держава в цілому, лишаться можливості отримувати харчування, достойне лікування та мирне життя, у разі не тримання тих чи інших предметів гуманітарної допомоги. Вважаємо, що збільшення санкції ст. 201–2 КК України стане запорукою добросовісного відношення уповноважених осіб під час цільового розподілу гуманітарної допомоги.

Список використаних джерел:

1. Закону України «Про гуманітарну допомогу» від 22 жовтня 1999 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1192-14>
2. Постанова Кабінету Міністрів України № 224 від 7 березня 2022 року «Про затвердження переліку категорій товарів, що визнаються гуманітарною допо-

могою без здійснення процедури визнання таких товарів гуманітарною допомогою у кожному конкретному випадку, на період воєнного стану та внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України з питань гуманітарної допомоги». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/224-2022-%D0%BF#Text>

3. Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за використання гуманітарної допомоги під час дії воєнного стану» від 24 березня 2022 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-20#Text>

4. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

5. Офіс Генерального прокурора України. Новини: Розкращання гуманітарної допомоги на понад півмільйона гривень – у Львові затримано двох осіб. 06.05.2022. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/rozkradannya-gumanitarnoyi-dopomogi-na-ponad-pivmilionu-griven-u-lvovi-zatrimano-dvoh-osib>

6. Офіс Генерального прокурора України. Новини: Незаконне використання 5 карет швидкої з гумдопомоги – на Буковині викрито гендиректора лікарні. 06.05.2022. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/nezakonno-vikoristannya-5-karet-svidkoyi-z-gumdopomogi-na-bukovini-vikrito-gendirektora-likarni>

Кубальський В. Н.,

к.ю.н., доцент,

*старший науковий співробітник
Інституту держави і права імені*

В. М. Корецького

НАН України

ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ПРОТИДІЇ АКТАМ КІБЕРТЕРОРИЗМУ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Виклики, що постали перед Україною на фоні збройної агресії РФ 2014–2022 рр., стали серйозним випробуванням для держави, обумовили екстрену трансформацію державної політики у сфері національної безпеки, у тому числі в аспекті вдосконалення правового регулювання протидії злочинності. Законодавство України про кримінальну відповідальність, яке розроблялося для потреб мирного часу, виявилось в ситуації збройної агресії РФ недостатньо ефективним у сфері протидії злочинності. Така ситуація обумовила необхідність термінової адаптації законодавства України до умов воєнного стану.

Розвиток інформаційних технологій та глобалізація обумовили появу нових загроз як міжнародній, так і національній безпеці, зокрема кібертероризму [1]. Кібертероризм визнається однією з найнебезпечніших формою кіберзлочинності.

Експерти, які займаються дослідженням даної проблеми, визнають, що кібертероризм як явище існує [2]. Такий відносно новий різновид тероризму, як кібертероризм, у XXI столітті має тенденцію до поширення.

Кібертероризм – це серйозна загроза людству, порівняна з ядерною, бактеріологічною та хімічною зброєю, причому ступінь цієї загрози через свою новизну не до кінця усвідомлений і вивчений [3]. Аналізуючи проблеми світових загроз, директор ЦРУ США Джордж Тенет свого часу наголошував, що кібертероризм у світі стрімко набуває неочікувано великих масштабів і зрештою стає реальною загрозою для національної безпеки будь-якої держави [4].

У колективній монографії «Світова гібридна війна: український фронт», підготовленої фахівцями Національного інституту стратегічних досліджень, звертається увага на те, що по всьому світові підвищується питома вага кібертероризму, відчутнішими стають його наслідки для національної і міжнародної безпеки. Дедалі частішими стають DDoS атаки на сайти урядів (у т.ч. США, Канади, Південної Кореї, Ізраїлю, Естонії та ін.), державних і приватних компаній (NASA, Delta Air, Dell, Yahoo, Amazon, E-bay, Sony та CNN), міжнародних організацій (ООН, МОК) [5]. Загроза кібертероризму може бути перебільшена та зманіпульована, але її не можна заперечувати чи ігнорувати [6].

Відзначаючи внесок вчених у дослідження різних аспектів тероризму взагалі та кібертероризму зокрема, слід зазначити, що питання кримінально-правової протидії цьому явищу вивчено недостатньо. Тим часом масштаби поширення та наслідки від кібертерористичних актів диктують необхідність більш поглибленого юридичного аналізу загроз кібертероризму, розробки та здійснення ефективної кримінально-правової протидії цьому явищу в Україні. Підвищення ефективності кримінально-правової протидії вимагатиме його комплексного дослідження, об'єднання зусиль держав світу, державних інституцій України та структур громадянського суспільства, ранньої діагностики його загроз, розвитку правових основ та культури, комплексу превентивних заходів тощо.

Вчені звертають увагу на те, що спектр проявів кібертероризму досить широкий – від незаконного впливу на прийняття невиправданих рішень, поширення паніки і безладу, до проникнення в канали і системи супутнико-

вого зв'язку, навігації, управління енергетикою, транспортом, банківським сектором тощо. На відміну від звичайного терориста, який для досягнення своїх цілей використовує вибухівку або стрілецьку зброю, кібертерорист використовує для досягнення своїх цілей сучасні інформаційні технології, комп'ютерні системи і мережі, спеціальне програмне забезпечення, призначене для несанкціонованого проникнення в комп'ютерні системи й організації дистанційної атаки на інформаційні ресурси об'єкта нападу [7].

У Стратегії кібербезпеки України, затвердженої Указом Президента України від 26 серпня 2021 р., визначено, що РФ залишається одним з основних джерел загроз національній та міжнародній кібербезпеці, активно реалізує концепцію інформаційного протиборства, базовану на поєднанні деструктивних дій у кіберпросторі та інформаційно-психологічних операцій, механізми якої активно застосовуються у гібридній війні проти України. Така деструктивна активність створює реальну загрозу вчинення актів кібертероризму та кібердиверсії стосовно національної інформаційної інфраструктури. Пріоритетними цілями кібертероризму залишаються об'єкти атомної енергетики, електро- та водопостачання, сфери електронних комунікацій, фінансової та банківської сфери, авіа- та залізничного транспорту, сховищ стратегічних видів сировини, хімічні й біологічні об'єкти тощо (абзаци 5 та 8 п. 1 Стратегії) [8].

Кібертероризм – це терористична діяльність, що здійснюється у кіберпросторі або з його використанням (п. 13 ст. 1 Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 5 жовтня 2017 р.). М. О. Єфремова у своєму дисертаційному дослідженні запропонувала визначення, згідно якого кібертероризм – це протиправний вплив на інформаційно-телекомунікаційні системи з метою залякування населення, впливу на прийняття рішень органами влади чи міжнародними організаціями [9]. Д. Деннінг зазначає, що кібертероризм – це «протиправна атака або загроза атаки на комп'ютери, мережі або інформацію, яка знаходиться у них, вчинена з метою примусити органи влади до сприяння у досягненні політичних чи соціальних цілей» [10].

Досліджуючи питання протидії «кібертероризму», Е. Д. Данильченко відзначає, що військово-політичне керівництво США першим почало розглядати кібернетичний простір як нову сферу ведення бойових дій поряд з наземною, морською і повітряно-космічною сферами. Конгресом США був ухвалений антитерористичний закон, відомий як «Акт 2001 року». Цим Законом Конгрес запровадив нове законодавче поняття «кібертероризм» та відніс до нього різні кваліфіковані форми хакерства та заподіяння шкоди

захищеним комп'ютерним мережам громадян, юридичних осіб та державних відомств, включаючи шкоду, заподіяну комп'ютерній системі, яка використовується державною установою при організації національної оборони чи забезпеченні національної безпеки [11].

Широкомасштабну збройну агресію РФ проти України супроводжують кібертерористичні дії в кіберпросторі, які спрямовані передусім на критично важливу інфраструктуру та цивільні об'єкти. В 2022 р. стало зрозуміло, що ведення кібервійни є серцевиною відвертої агресії, в результаті чого відбувається одержання секретної інформації, внаслідок кібератак на центри прийняття оборонних військових рішень створюється загроза військовій стратегії, перехоплення оперативних даних щодо дій бойових підрозділів ставить під удар оборонні позиції. За даними Microsoft, агресор здійснює кібератаки на урядові установи та державні організації України з метою ексфільтрації конфіденційної інформації, компрометації тощо [12].

Український вчений-юрист Р. О. Мовчан звертає увагу на те, що «перш ніж оголосити про проведення «спеціальної операції» та перейти до відкритого використання танків, артилерії, авіації, одурманених пропагандою солдат тощо, Росія ще протягом кількох тижнів перед 24 лютим 2022 р. широко вдавалася і до застосування іншої форми агресії – масштабних кібератак проти нашої держави, призначенням яких було не лише втручання в роботу об'єктів критичної інфраструктури, а й поширення панічних настроїв серед українців». Вже дещо з іншими цілями, але відповідні кібератаки продовжились і після початку активної фази бойових дій та введення воєнного стану». Вчений зазначає, що, по-перше, всі кібератаки РФ, про які у супровідних документах вели мову автори Закону від 24 березня 2022 р., вчинялися і вчиняються лише з однією ціллю – ослабити нашу державу, тобто тією метою, яка є обов'язковою криміноутворюючою і, власне, визначальною конститутивною ознакою передбаченої ст. 113 «Диверсія» КК України. По-друге, згадані у розглядуваній забороні потенційні наслідки у вигляді «тяжких технологічних аварій або екологічних катастроф, загибелі або масового захворювання населення чи інших тяжких наслідків» фактично повністю охоплюються тими наслідками, з метою спричинення яких і вчиняється та ж таки диверсія – «масове знищення людей, заподіяння тілесних ушкоджень чи іншої шкоди їхньому здоров'ю, зруйнування або пошкодження об'єктів, які мають важливе народногосподарське чи оборонне значення, радіоактивне забруднення, масове отруєння, поширення епідемій, епізоотій чи епіфітотій». Р. О. Мовчан робить висновок про те, що відповідні кібератаки РФ, які вчиняються для спричинення наслідків, передбачених

у ч. 4 ст. 361 КК, насправді є нічим іншим, як однією з форм диверсії, яка за «звичайних» умов має кваліфікуватися за ч. 1 ст. 113 КК, а за умов вчинення в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту – за ч. 2 ст. 113 КК [13]. Є підстави вважати, що кібератаки РФ вчинялися і вчиняються передусім з терористичними цілями, передбаченими ст. 258 «Терористичний акт» КК України – залякування населення, впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади, міжнародними організаціями тощо.

На думку фахівців, метою державних та військових кібероперацій, спонсорованих РФ, є підтримка стратегічних політичних цілей Росії. Це може бути внесення хаосу в американську політичну систему, підлив суверенітету України, демонстрація України в поганому світлі для світу, як у 2017 році з кібератакою NotPetya [14].

У Регламенті від 17 травня 2019 р. (статті 1(1), 1(4)) ЄС визначає серйозну кібератаку як зовнішню загрозу, що здійснюється супроти країни ЄС, об'єктів її критичної інфраструктури, служб або державних установ і процесів, які є важливими для підтримки соціальних функцій, здоров'я, безпеки та добробуту населення, зокрема у сферах енергетики, транспорту, банківської діяльності, охорони здоров'я, питного водопостачання або цифрової інфраструктури [15].

За наявною інформацією СБУ, хакерське угруповання «Armagedon» як спеціальний проект ФСБ РФ прицільно «працював» по Україні. З моменту початку російської агресії у 2014 році цей підрозділ ФСБ здійснив понад 5 тисяч кібератак і намагався «заразити» понад півтори тисячі урядових комп'ютерних систем. Основними цілями зловмисників були:

- контроль над об'єктами критичної інфраструктури (електростанції, системи тепло- та водопостачання);
- викрадення та збір розвідувальних даних, у тому числі інформації з обмеженим доступом (сектор безпеки та оборони; державні установи);
- проведення акцій інформаційно-психологічного впливу;
- блокування інформаційних систем [16].

У відповідь на сучасні виклики до законодавства окремих держав (США, Грузії) внесені зміни, які передбачають такий склад злочину, як кібертероризм [17]. Особливу увагу серед наведених діянь привертає диспозиція стаття 324¹ «Кібертероризм» Розділу 11 «Злочини проти держави» КК Грузії, яка викладена у наступній редакції: «Кібертероризм, тобто протиправне заволодіння комп'ютерною інформацією, що охороняється законом, її використання або погроза використанням, які створюють небезпеку настання

тяжких наслідків, вчинені з метою залякування населення чи (і) впливу на орган влади, – карається...» [18]. Назва статті «кібертероризм» у КК видається невдалою, оскільки у диспозиції статті йдеться про конкретні акти кібертероризму як прояви цього явища.

На нашу думку, вчинювані в нашій державі кібертерористичні акти необхідно кваліфікувати за ст. 258 «Терористичний акт» КК України. Враховуючи наведене, заслуговує на підтримку підхід М. А. Єфремової, яка пропонує диспозицію статті «Терористичний акт» КК викласти у наступній редакції: «вчинення вибуху, підпалу, протиправного впливу на інформаційно-телекомунікаційні системи або інших дій, що залякують населення та створюють небезпеку загибелі людини, заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків з метою впливу на прийняття рішення органами влади або міжнародними організаціями, а також загроза вчинення зазначених дій у зазначених цілях» [19].

Вказаний підхід закріплений у положеннях ст. 237 «Акти тероризму» розділу 3 «Кримінальні правопорушення проти державної влади» Кримінального кодексу Естонії, згідно з якою «... втручання в комп'ютерні дані, або перешкоджання функціонуванню комп'ютерних систем, а також погроза вчинення таких дій, якщо вони вчинені з метою примусу держави або міжнародної організації до дії або бездіяльності..., караються позбавленням волі терміном від п'яти до двадцяти років або довічним позбавленням волі» [20]. По суті перераховані у диспозиції наведеної статті окремі діяння становлять акти кібертероризму.

Стаття 5.2.4 «Терористичне діяння» проекту нового КК України (у редакції станом на 18.05.2022) викладена у наступній редакції: «особа, яка з метою залякати населення або дестабілізувати діяльність публічної влади чи міжнародної організації, або примусити їх вчинити яку-небудь дію чи утриматися від її вчинення: 1) захопила людину, 2) застосувала зброю чи інший предмет, яким може бути спричинена шкода життю чи тяжка шкода здоров'ю людини, 3) захопила, утримувала, знищила або пошкодила об'єкт критичної інфраструктури чи його устаткування, необхідне для діяльності цього об'єкта, або вивела його з ладу, 4) захопила повітряне, морське судно або інший засіб пасажирського чи вантажного транспорту, 5) влаштувала перешкоду для руху на вулиці, дорозі, іншому шляху сполучення, заблокувала транспортну комунікацію, роботу морського, річкового порту чи аеропорту, трубопровідного транспорту, 6) виготовила, придбала, перевезла, поставила, використала вогнепальну зброю, вибуховий пристрій, ядерний, біологічний чи хімічний боєприпас або заволоділа такою зброєю чи таким

боєприпасом, 7) вивільнила у навколишнє середовище небезпечну речовину або здійснила небезпечну для життя людей пожежу, повіль чи вибух, або 8) припинила постачання води, електроенергії чи іншого природного ресурсу, що має життєво важливе значення для людей, – вчинила злочин 5 ступеня [21]. Вважаємо доцільним диспозицію частини першої ст. 258 «Терористичний акт» чинного КК України після слів «терористичний акт, тобто застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу» доповнити словами «протиправного впливу на інформаційно-телекомунікаційні системи» і далі за текстом. У проєкті нового КК України (у редакції станом на 18.05.2022) вважаємо доцільним доповнити статтю 5.2.4 «Терористичне діяння» положенням про кібертерористичний акт. Таким чином, статтю 5.2.4 розглядуваного проєкту КК слід доповнити п. 9, який варто викласти в наступній редакції: «особа, яка з метою залякати населення або дестабілізувати діяльність публічної влади чи міжнародної організації, або примусити їх вчинити яку-небудь дію чи утриматися від її вчинення: ... 9) вчинила кримінальне правопорушення з використанням інформаційно-комунікаційних технологій у кіберпросторі». Реалізація зазначених пропозицій, на наш погляд, сприятиме більш ефективній протидії актам кібертероризму, матиме певний запобіжний потенціал, а також свідчатиме про належне розуміння законодавцем рівня суспільної безпеки аналізованих діянь.

Список використаних джерел:

1. Бойченко О. В., Ончурова О. О. Кібертероризм у складі сучасних проблем національної безпеки. *Форум права*. 2010. № 2. С. 57.
2. Тропина Т. Л. Киберпреступность: понятие, состояние, уголовно-правовые меры борьбы: дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2005. С. 59.
3. Голубев В. А. Кибертероризм как новая форма терроризма. URL: https://www.crime-research.org/library/Gol_tem3.htm (дата звернення 20.05.2022).
4. Бурычок В. Л. Інформаційна та кібербезпека: соціотехнічний аспект: підручник / [В. Л. Бурычок, В. Б. Толубко, В. О. Хорошко, С. В. Толюпа]; за заг. ред. д-ра техн. наук, професора В. Б. Толубка. К.: ДУТ, 2015. С. 58.
5. Світова гібридна війна: український фронт / За заг. ред. В. П. Горбуліна. Національний інститут стратегічних досліджень. К.: НІСД, 2017. С. 89.
6. Gabriel Weimann. Cyberterrorism How Real Is the Threat? Special report. December 2004. P. 11. URL: <https://www.usip.org/sites/default/files/sr119.pdf>
7. Довгань О. Д., Доронін І. М. Ескалація кіберзагроз національним інтересам України та правові аспекти кіберзахисту: монографія. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2017. С. 35–36.

8. Стратегія кібербезпеки України, затверджена Указом Президента України від 26 серпня 2021 року № 447/2021. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/4472021-40013> (дата звернення: 20.05.2022).

9. Ефремова М. А. Уголовно-правовая охрана информационной безопасности: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2017. С. 326.

10. Denning D. E. Activism, Hacktivism, and Cyberterrorism: The Internet as a Tool for Influencing Foreign Policy. URL: <https://nautilus.org/global-problem-solving/activism-hacktivism-and-cyberterrorism-the-internet-as-a-tool-for-influencing-foreign-policy-2/?view=pdf> (дата звернення: 20.05.2022).

11. Степанов-Егианц В. Г. Методологическое и законодательное обеспечение безопасности компьютерной информации в Российской Федерации (уголовно-правовой аспект): дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2016. С. 50.

12. Н. Ахтирська, М. Гуцалюк. Правові засоби боротьби з кіберзагрозами під час воєнного стану в світлі використання механізмів Другого додаткового протоколу до Конвенції про кіберзлочинність. *Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції* (12 травня 2022 року) / За заг. ред. д.ю.н., акад. НАПрН України О. П. Орлюк, к.ю.н., доц. Г. З. Остапенко, к.ю.н. А. В. Айдинян. К., 2022. С. 283–284.

13. Р. О. Мовчан. Зміни, направлені на підвищення ефективності кримінально-правової протидії кіберзлочинності в умовах дії воєнного стану URL: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=3243781402611850&id=100009400659772 (дата звернення: 20.05.2022).

14. Наскільки надійна в Україні система захисту кіберпростору, які цілі російських хакерів, хто їх фінансує та в чому їх сильні та слабкі сторони? URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2021/11/3/679341/> (дата звернення: 20.05.2022).

15. Council Regulation (EU) 2019/796 of 17 May 2019 concerning restrictive measures against cyber-attacks threatening the Union or its Member States. ST/7302/2019/INIT. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/GA/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0796> (дата звернення: 20.05.2022).

16. СБУ встановила хакерів ФСБ, які здійснили понад 5 тис. кібератак на державні органи України. URL: <https://ssu.gov.ua/novyny/sbu-vstanovyla-khakeriv-fsb-yaki-zdiisnyly-ponad-5-tys-kiberatak-na-derzhavni-orhany-ukrainy> (дата звернення 20.05.2022).

17. Сравнительное уголовное право. Особенная часть: Монография / Додонов В. Н., Капинус О. С., Щерба С. П.; Под общ. и науч. ред.: Щерба С. П. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 391.

18. Уголовный кодекс Грузии 1999 г. (с изменениями от 2020 г.). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8847/file/Georgia_Criminal_Code_am2020_ru.pdf (дата звернення: 31.10.2021).

19. Ефремова М. А. Уголовно-правовая охрана информационной безопасности: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. М., 2017. С. 328–329.

20. Penal Code of the Republic of Estonia (2001, amended 2021). URL: https://www.legislationline.org/download/id/9098/file/EST_CC_as%20of%20May%202021.pdf (дата звернення: 20.05.2022)

21. Кримінальний кодекс України (проект). Контрольний текст (станом на 18.05.2022). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/05/19/kontrolnyj-proekt-kk-18-05-2022.pdf> (дата звернення: 20.05.2022).

Жук І. В.,

к.ю.н., доцент,

старший науковий співробітник

наукової лабораторії з проблем протидії

злочинності

ННІ № 1 Національної академії

внутрішніх справ,

ДО ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КІБЕРБЕЗПЕКИ У СФЕРІ БАНКІВСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

В умовах збройної агресії Російської Федерації проти України значно зріс рівень усіх ризиків, які впливають на стабільність фінансової системи, насамперед, кіберзагроз різного ступеня складності. Останнім часом Україна стала ціллю чисельних кібератак, які охопили державні установи, приватні організації та громадян. Так, приміром, 15 лютого 2022 року сталася найбільш масштабна в історії України DDoS-атака на сайти державних установ та українські банки, зокрема, найбільших державних банків – «ПриватБанку» та «Ощадбанку» [1]. Крім того необхідність вжиття кроків зі збереження фінансової стабільності в Україні спонукає до реалізації антикризових заходів з боку держави, які можуть нести додаткові кіберризики для банківської системи. Так, Національний банк з метою розширення можливості забезпечення стабільного функціонування банківської системи України в період дії воєнного стану прийняв рішення про використання банками України хмарних послуг у своїй діяльності (визначено постановою Правління Національного банку України «Про використання банками хмарних послуг в умовах воєнного стану в Україні» від 8 березня 2022 року №42). Банки отримали можливість надавати банківські послуги, а також здійснювати процесинг за операціями із застосуванням електронних платіжних за-

собів, використовуючи хмарні сервіси, що надаються з використанням обладнання, розміщеного на території інших держав. Видається, в таких умовах банківські установи можуть стикнутися з додатковими кіберзагрозами у своїй діяльності. Отже, актуальність питань щодо попередження, виявлення та протидії кіберзагрозам, підвищення рівня інформаційної безпеки та кіберстійкості банківської системи України не викликає сумнівів.

Забезпечення кібербезпеки є одним із пріоритетів у системі національної безпеки України, що визначено Стратегією кібербезпеки України, затвердженої рішенням Ради національної безпеки і оборони України та введеної в дію Указом Президента України від 26 серпня 2021 року № 447. Згідно з Планом реалізації цієї Стратегії, введеного в дію Указом Президента України від 1 лютого 2022 року № 37/2022, запропоновано запровадження практики проведення загальнонаціональної інформаційної роз'яснювальної кампанії щодо дій громадян у випадку, коли вони стикаються із кібершахрайством та іншими кіберзлочинами, роз'яснення процедур звернення до правоохоронних органів (п. 18); запровадження механізмів ідентифікації суб'єктів електронної комерції у кіберпросторі (п. 22) тощо. На виконання вимог Закону України «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України» від 5 жовтня 2017 року № 2163 та згаданої Стратегії кібербезпеки Національним банком України було розроблено Положення про захист інформації та кіберзахист у платіжних системах, затверджене Постановою Правління від 19 травня 2021 року № 43, яке визначило вимоги та заходи щодо забезпечення захисту інформації у сфері переказу коштів.

На жаль, в умовах військового вторгнення в Україну країни-агресора відзначається активізація кримінально протиправної діяльності у цій сфері, насамперед, шахрайства. Національний банк України попереджає про нові шахрайські схеми у період дії воєнного стану. Найбільш розповсюджені з них такі: 1) «евакуаційні перевезення громадян». Під виглядом евакуаційних перевезень громадян особи просять надіслати передплату на банківську картку, однак взятих на себе зобов'язань не виконують і зникають; 2) «фейкові оголошення про оренду житла». Шахраї публікують несправжні оголошення про готовність здати в оренду переселенцям квартири у безпечних регіонах і знову ж таки просять внести передплату на картку, а після отримання коштів відключають відповідний телефонний номер; 3) «фейковий збір коштів на допомогу». Шахраї роблять фейкові оголошення зі збору грошей на лікування дітей, які нібито постраждали від військової агресії. Є випадки, коли такі особи знаходять фото потерпілих в інтернеті і збирають гроші на допомогу «постраждалим». Створюють фішингові (шахрайські) сайти, які схожі на сайти справжніх благодійних фондів, де нібито можна переказати кошти на

підтримку Збройних сил України; 4) «фейкові розсилки від імені Національного банку». Особи роблять розсилку електронних листів, у яких нібито від імені Національного банку українців просять переказати кошти на допомогу ЗСУ. Для переказу коштів може бути зазначено посилання на криптогаманець; 5) «фейкові SMS-розсилки про грошову допомогу в межах «Підтримки». Особи розсилають SMS-повідомлення про грошову допомогу із текстом «*Van parahovano Groshova doromoga ... Zarahuvatu...*» і далі йде посилання [2]. Крім того, Кіберполіція повідомляє про такі випадки шахрайських дій, як «послуги платного розмінювання», «визволення з полону за гроші» або «виплати всім жителям України». В межах цієї схеми шахраї здійснюють SMS-розсилки, у яких розповідають про виплату матеріальної допомоги вимушеним переселенцям. В SMS вказують посилання на сайт, де нібито можна оформити заявку на отримання допомоги. Коли особа переходить за посиланням, шахрайський ресурс пропонує ввести персональні дані та дані про платіжну картку для зарахування коштів. Якщо особа вказує зазначену інформацію про себе та свою картку, шахраї отримують введені дані, та в подальшому використовують їх для привласнення коштів на картці [3].

На практиці зустрічаються й інші види шахрайських схем, виникнення яких зумовлене станом війни в Україні. Очевидно, що суспільна небезпечність таких діянь є істотно більшою. Яке покарання за вчинення шахрайських дій в умовах воєнного стану передбачене кримінальним законодавством? Законом України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство» від 3 березня 2022 року №2117 була встановлена більш сувора відповідальність за викрадення майна в умовах воєнного або надзвичайного стану. Ці зміни торкнулися складів кримінальних правопорушень, передбачених статтями 185, 186, 187, 189 та 191 Кримінального кодексу (далі – КК) України, які зокрема, були доповнені особливо кваліфікуючою ознакою щодо вчинення діяння «в умовах воєнного або надзвичайного стану» (у ч. 4 цих статей). Разом з тим, ст. 190 КК «Шахрайство» до цього переліку не увійшла, і покарання за вчинення шахрайських дій в умовах воєнного стану наразі залишилось в тих межах, які були визначені попередніми Законами №270-VI від 15.04.2008 та №2617-VIII від 22.11.2018. Отже, за шахрайські дії у сфері переказу коштів, що зазвичай кваліфікується як «шахрайство, вчинене шляхом незаконних операцій з використанням електронно-обчислювальної техніки» (ч. 3 ст. 190 КК України) особі може бути призначене покарання у виді позбавлення волі на строк від трьох до восьми років. Водночас кримінальне законодавство передбачає можливість суду призначити більш суворе покарання у межах, установлених у санкції частини статті, враховуючи таку обставину, що обтяжує покарання, як «вчинення злочину з ви-

користанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій» (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК). При цьому слід враховувати, що це право, а не обов'язок суду, тобто, суд може не визнати вчинення злочину в умовах воєнного стану як обставину, що обтяжує покарання.

Ще одним кроком у сфері протидії кіберзлочинності, у тому числі у сфері банківської діяльності, було прийняття Верховною Радою Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо підвищення ефективності боротьби з кіберзлочинністю в умовах дії воєнного стану» від 24 березня 2022 року № 2149. Як зазначається у пояснювальній записці до цього закону, ефективна протидія кіберзагрозам неможлива без оптимізації вітчизняної правової системи кібербезпеки з впровадженням дієвих кримінально-правових механізмів протидії кіберзлочинності, які б створювали належні гарантії для захисту суспільства, вітчизняного ринку, економіки держави та забезпечували б надійність і безпеку використання цифрових послуг. Отже, законодавець вніс зміни до статей 361 та 361–1 КК України з метою приведення наявної термінології у відповідність з вимогами законодавства України у сфері кібербезпеки і насамперед, із Законом України «Про електронні комунікації» від 16 грудня 2020 року № 1089. Стаття 361 КК була викладена у новій редакції, згідно з якою розмежовано ступінь відповідальності за несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж в залежності від спричинених наслідків. На відміну від попередньої редакції цієї статті, яка мала дві частини, стаття у чинній редакції складається з шести частин, остання з яких містить роз'яснення, у якому випадку вчинення зазначених у диспозиціях дій не вважається кримінально протиправним. Хоча зазвичай такі роз'яснення містяться у примітках до статей, і напевно бажано було б ці положення викласти у примітці до ст. 361 КК. Новелою у системі норм про відповідальність за комп'ютерні правопорушення є закріплення особливо кваліфікуючої ознаки «вчинення дій під час дії воєнного стану» (ч. 5). Відразу можна відзначити певну розрізненість використаної термінології при внесенні змін до кримінального закону під час воєнного стану. Так, у згаданому вище Законі щодо посилення відповідальності за мародерство № 2117 законодавець для опису кваліфікуючої ознаки використав словосполучення «в умовах воєнного або надзвичайного стану». І це, до речі, стосується й інших змін до КК, про які ми не згадуємо у цій праці. Вбачаємо за доцільне дотримуватися принципу єдності термінології. Найбільші зміни у викладенні складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 361 КК, стосуються конструкції його об'єктивної сторони. Якщо за попередньої редакції це право-

порушення мало матеріальний склад, то зараз наслідки у вигляді «витоку, втрати, підробки, блокування інформації, спотворення процесу обробки інформації або порушення встановленого порядку її маршрутизації» переміщені законодавцем до ч. 3 статті. Кримінальна відповідальність настає за факт несанкціонованого втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем та електронних комунікаційних мереж. Тобто, як видається, особа, включивши комп'ютер свого колеги без його дозволу, тим самим вчинивши несанкціоноване втручання в роботу інформаційної (автоматизованої) системи, уже має підлягати кримінальній відповідальності. Таке зниження порогу відповідальності викликає чимало запитань, які потребують ретельного вивчення. Разом з тим, позитивно оцінюємо кроки на шляху модернізації кримінально-правових механізмів протидії кіберзлочинності, направлені на підвищення безпеки використання цифрових послуг.

Список використаних джерел:

1. Михайло Федоров: «Україна змогла відбити найбільшу за всю історію країни кібератаку» / *Міністерство цифрової трансформації України*. URL: <https://thedigital.gov.ua/news/mikhaylo-fedorov-ukraina-zmogla-vidbiti-naybilshu-za-vsyu-istoriyu-kraini-kiberataku>.
2. Шахрайські схеми у період дії воєнного стану / *Національний банк України*. URL: <https://promo.bank.gov.ua/fin-defense/#section-25>
3. Інформація про шахрайські дії / *Департамент кіберполіції Національної поліції України*. URL: <https://cyberpolice.gov.ua>.

*Горностаї А. В.,
к.ю.н., доцент,
доцентка кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ПИТАННЯ ЗАКОНОДАВЧОГО НЕВРЕГУЛЮВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ЗАВОЛОДІННЯ ТРАНСПОРТНИМ ЗАСОБОМ В УМОВАХ ВОЄННОГО АБО НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ

Війна – це завжди горе. Вона приносить хаос та розруху. Війна руйнує життя, міста та домівки. Цивільне населення, рятуючись від обстрілів та

бомбардувань, змушене тікати та залишати свої будинки. Саме тому одним із найогидніших вчинків під час воєнних конфліктів стає розкрадання чужого майна людей, які були вимушені його покинути, чи відкрите заволодіння майном цивільних, які залишилися і не можуть захиститися від такого посягання. Мародерство завжди було супутником війни. І зараз Україна не стала виключенням. Ми змушені боронити не тільки свою незалежність та життя, а й майно від зазіхань як ворога, так і, нажаль, земляків.

Законои війни, також відомі як міжнародне гуманітарне право, вже давно захищають майно від незаконного посягання під час збройних конфліктів та війн. IV Конвенція «Про закони і звичаї війни на суходолі» 1949 року та додаток до неї (Положення про закони і звичаї війни на суходолі) у статті 28 забороняє мародерство у місті чи місцевості, навіть у випадку, якщо його взяли штурмом, а стаття 47 взагалі містить офіційну заборону мародерства [1]. Після закінчення Другої світової війни Женевська конвенція 1949 року «Про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях» також закріпила у ст. 58 як серйозне порушення дії, пов'язані з привласнення майна, яке не викликано військовою необхідністю [2]. Конвенція «Про захист цивільного населення під час війни» 1949 року у ст. 33 містить положення, що пограбування забороняються. Статтею 34 додаткового протоколу I до цієї конвенції від 8 червня 1977 року забороняється пограбування загиблих, а також їх праху та могил [3]. У відповідності з підпунктом iv пункту а частини 2 ст. 8 Римського статуту міжнародного кримінального суду незаконне привласнення майна є воєнним злочином [4].

Словники визначають мародерство (французькою *maraudeur*, від *maraude* – грабіж) як приховане або відкрите викрадення військовослужбовцями та цивільними особами майна у мертвих або поранених у бою та після нього. Мародерством також вважають присвоєння майна цивільного населення у районах вогневого ураження (бомбардувань, ракетних ударів, артилерійських та інших обстрілів), під час надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру [5].

Згідно кримінального кодексу України мародерство – це викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених (ст. 432 КК). Проте суб'єктом цього тяжкого злочину може бути тільки військовослужбовець, а саме викрадення (відкрите або таємне) повинно відбуватися на полі бою чи на ділянці, що хоча і знаходиться в тилу, але по ній ведеться обстріл ворогом. Тобто у кримінально-правовому розумінні термін «мародерство» можна використовувати тільки щодо конкретного військового кримінального правопорушення. Але сьогодні терміном «мародерство» називають усі

випадки незаконного заволодіння майном, які вчиняються як військовими, так і цивільними особами.

Так і Закон України від 03.03.2022 № 2117-IX «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство», хоч і має таку назву, проте стосується збільшення репресії не тільки за вчинення такого злочину, як мародерство. Даний закон, який набрав чинності 7 березня 2022 року, вніс зміни до санкції статті 432 (мародерство), підвищивши мінімум покарання у вигляді позбавлення волі з 3 до 5 років, але крім цього він додав особливо кваліфікуючу ознаку – вчинення в умовах воєнного або надзвичайного стану, до складів кримінальних правопорушень, які мародерством у розумінні кримінального кодексу не є: ст. 185 (крадіжка), ст. 186 (грабіж), ст. 187 (розбій), ст. 189 (вимагання), ст. 191 (заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем) КК.

Необхідність підсилення кримінальної відповідальності за вчинення цих кримінальних правопорушень в умовах воєнного або надзвичайного стану пояснюється тим, що факти мародерства на даний час стали значно поширеними і фіксуються в багатьох регіонах України. Натомість, достатня м'якість засобів кримінально-правового реагування на такі дії підштовхує громадян самостійно шукати справедливої відплати та фактично чинити самосуд над мародерами. Мародерство є неприпустимим у цивілізованій країні явищем, а ефективна боротьба з його проявами становить одне із нагальних завдань для держави. Метою цього Закону є посилення кримінальної відповідальності за мародерство, що сприятиме: підвищенню ефективності засобів кримінально-правового реагування на прояви мародерства з боку військовослужбовців або цивільних осіб; загальній превенції мародерства, тобто запобіганню вчиненню нових кримінальних правопорушень цього виду [6]. На перший погляд – цілком справедливе рішення законодавця щодо обсягу кримінально-правової репресії, враховуючи актуальність та сьогоденну поширеність вчинення таких злочинів на практиці. Проте хотілося б зазначити на певні прогалини в такому врегулюванні цього гостроболбочого питання з точки зору системного та логічного розуміння кримінально-правових норм.

Так, законодавець, підсиливши кримінальну відповідальність за окремі правопорушення проти власності, залишив без змін суміжні кримінальні правопорушення. Насамперед мова йде про незаконне заволодіння транспортним засобом (ст. 289 КК). Угони автівок є дуже поширеним злочином сьогодення, особливо у регіонах, де ведуться активні бойові дії. Різноманітним транспортними засобами, від автомобіля до трактора, незаконно заво-

лодівають і місцеві мешканці, і ворожі солдати. Дуже часто викрадені авто використовують для вчинення диверсій. На окупованих територіях цей злочин взагалі набуває масового характеру. Проте законодавець не передбачив підсилення кримінальної відповідальності за такі дії у воєнний або надзвичайний стан, хоча іноді тільки наявність транспорту дає шанс особі врятуватися самій та вивезти сім'ю з небезпечної прострільної зони чи уникнути загрози опинитися в окупації. Діюча редакція статті 289 КК передбачає, що незаконне заволодіння транспортним засобом карається обмеженням волі на строк від 3 до 5 років або позбавленням волі на той самий строк. У той же час за просту крадіжку, вчинену в умовах воєнного або надзвичайного стану, передбачено відповідальність за ч. 4 ст. 185 КК і встановлено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 5 до 8 років. Таким чином утворилася ситуація, коли крадіжка мобільного телефону під час війни буде тяжким злочином і загрожуватиме позбавленням волі на 8 років. У той же час, крадіжка автомобіля в умовах воєнного стану буде нетяжким злочином, який карається максимально 5 роками позбавлення волі.

Частина друга статті 289 КК передбачає, що ті самі дії... поєднані з насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства..., караються позбавленням волі на строк від 5 до 8 років з конфіскацією майна або без такої. Для порівняння за грабїж, вчинений в умовах воєнного або надзвичайного стану, передбачено відповідальність за ч. 4 ст. 186 КК і встановлено покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 7 до 10 років. Знову утворюється ситуація, коли відкрите викрадення транспортного засобу в умовах воєнного стану буде каратися максимально 5 рокам позбавлення волі, а у разі застосування насильства, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я – 8 роками позбавлення волі. Натомість за відкрите викрадення гаманця в умовах воєнного стану (і насильницьке, і ненасильницьке) особа може бути засуджена до 10 років позбавлення волі.

Частина третя статті 289 КК передбачає, що дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті.. поєднані з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого насильства... караються позбавленням волі на строк від 8 до 12 років з конфіскацією майна або без такої. Новий закон за розбій, вчинений в умовах воєнного або надзвичайного стану, передбачив відповідальність за ч. 4 ст. 187 КК і встановив покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 8 до 15 років. У цьому порівнянні різниця вже не така суттєва, навіть мінімуми санкцій даних статей співпадають. Проте за розбійний напад з метою заволодіти

велосипедом під час воєнного стану винна особа може отримати 15 років позбавлення волі, а за аналогічні дії але щодо заволодіння автобусом (в якому можна перевезти та врятувати 60 людей) – максимум 12 років позбавлення волі.

Також новий закон передбачив кримінальну відповідальність за вимагання, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану в ч.4 ст.189 КК та встановив за нього покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 7 до 12 років з конфіскацією майна (за просте вимагання не під час війни згідно з ч. 1ст. 189 КК встановлене максимально суворе покарання у вигляді позбавлення волі на 5 років). Аналогічна ситуація і з заволодіння майном шляхом зловживання службовим становищем в умовах воєнного або надзвичайного стану. Законодавець передбачив кримінальну відповідальність за такі дії в ч. 4 ст. 191 КК та встановив основне покарання у вигляді позбавлення волі строком від 5 до 8 років (без наявного воєнного стану таке діяння карається за ч.2 даної статті максимально 5 роками позбавлення волі).

Така ситуація демонструє певні неузгодженості в оцінці суспільної небезпечності суміжних кримінальних правопорушень, тим більше, що примітка до ст. 289 КК визначає що кримінальні правопорушення, передбачені статтями 185, 186, 187, 189–191 КК становлять повторність для незаконного заволодіння транспортним засобом, тобто утворюють повторність однорідних кримінальних правопорушень.

Під однорідними кримінальними правопорушеннями зазвичай розуміють такі діяння, суспільна безпека яких є приблизно однаковою, які посягають на однакові або подібні об'єкти кримінально-правової охорони і вчиняються з однією і тією самою формою вини [7, с. 245]. Саме тому видається можливим підкреслити, що законодавець не повинен мислити суперечливо, і вся сукупність норм кримінального права повинна тлумачитись як система логічно узгоджених між собою понять. Підсилення відповідальності за поширені на практиці кримінальні правопорушення проти власності в умовах воєнного або надзвичайного стану беззаперечно є доречним та необхідним в сучасних умовах виживання. Проте логічним та виправданим було б підсилення кримінальної відповідальності і за такий однорідний для вищезгаданих норм злочин як незаконне заволодіння транспортним засобом. Першою презумпцією системного тлумачення є логічна єдність всього права. З огляду на такий підхід, незаконне заволодіння транспортним засобом в умовах воєнного або надзвичайного стану не повинно тягнути менш суворе покарання ніж однорідні кримінальні правопорушення, такі як крадіжка, грабіж, розбій, вимагання та заволодіння майном шляхом зловживання службовим

становищем в такий саме час. Видається, така непослідовність та нелогічність повинна бути усунена шляхом внесення змін у відповідну частину ст. 289 КК.

Список використаних джерел:

1. IV Конвенція «Про закони і звичаї війни на суходолі» 1949 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text (дата перегляду: 26.05.2022)
2. Конвенція «Про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях» 1949 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text (дата перегляду: 26.05.2022)
3. Конвенція «Про захист цивільного населення під час війни» URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата перегляду: 26.05.2022)
4. Римський статут міжнародного кримінального суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text (дата перегляду: 26.05.2022)
5. Енциклопедія Сучасної України: електронна версія [онлайн] / гол. редкол.: І. М. Дзюба, А. І. Жуковський, М. Г. Железняк та ін.; НАН України, НТШ. Київ: Інститут енциклопедичних досліджень НАН України, 2018. URL: https://esu.com.ua/search_articles.php?id=63806 (дата перегляду: 26.05.2022)
6. Пояснювальна записка до ЗУ «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7124&skl=10 (дата перегляду: 26.05.2022)
7. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. – К.: Ваіте, 2014. – 944 с.

Базелюк В. В.,
*к.ю.н., доцент,
асистентка кафедри кримінального
права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ПОСЯГАННЯ В ПЕРІОД ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ НА КУЛЬТУРНІ ЦІННОСТІ ЯК ОБ'ЄКТИ ІНФОРМАЦІЇ ПРО МИНУЛЕ УКРАЇНИ

Розпочата російською федерацією 24 лютого 2022 року війна проти України викликала чимало проблем, зокрема захисту цивільного населення, права власності, вирішення гуманітарних проблем тощо. Проте не менш

важливим залишається питання захисту об'єктів культурної спадщини на території нашої держави, які є невід'ємною частиною світового культурного надбання. Культурна спадщина відіграє величезне значення для культури, мистецтва, науки й інших сфер соціального життя суспільства. Наразі під загрозою знищення, руйнування або пошкодження перебувають тисячі пам'яток на території України, частина яких, на жаль, наразі вже повністю чи частково знищена.

Так, за попередніми даними Українського культурного фонду станом на 18 квітня 2022 року Міністерством культури зафіксовано 200 знищених та пошкоджених об'єктів культури [10]. Станом на 2 травня 2022 року ЮНЕСКО підтвердило пошкодження або знищення 120 культурних об'єктів, серед яких 51 – релігійні об'єкти, 24 – історичні будівлі, 15 – пам'ятники, 13 – будівлі, призначені для культурних заходів, 10 – музеї, 7 – бібліотеки. Проте даний список неповний, оскільки деякі дані наразі не перевірені. Наскільки відомо, об'єкти Світової спадщини ЮНЕСКО на цей час не зазнали пошкоджень [3].

Окрім знищення наразі гострою є загроза незаконного привласнення і вивезення рухомих культурних цінностей з музеїв України на територію росії, зокрема на тимчасово окупованих територіях та у зонах активних бойових дій. Так, досі нічого невідомо про долю колекцій Художнього музею ім. Архіпа Куїнджі у Маріуполі та Іванківського історико-краєзнавчого музею. Військові дії наразі загрожують і рухомих культурним цінностям багатьох інших міст, зокрема Харкова, Одеси тощо. Особливо вразливими є культурні цінності з приватних колекцій, хоча наразі є приклади порятунку із зони бойових дій приватних ікон з під міста Вишгород Київської області. Проте загалом привласнення росією культурних цінностей України розпочалося ще з 2014 року з тимчасової окупації Автономної Республіки Крим. Станом на 2014 рік у Криму було 39 державних музеїв з понад 1,2 мільйонами експонатів, серед яких є і унікальні. За період окупації росією було розгорнуто широкомасштабні археологічні розкопки в Криму, внаслідок чого Україна зазнає систематичних втрат об'єктів культурної спадщини через їх незаконне привласнення і вивезення на територію агресора. Культурні цінності вивозяться під виглядом виставкової, реставраційної або археологічної діяльності росії, основними суб'єктами якої є Державний Ермітаж рф та Інститут археології РАН.

За попередніми даними у листопаді 2022 року планується вивезення культурно-археологічних фондів Національного заповідника «Херсонес Таврійський», який являється об'єктом всесвітньої культурної спадщини

ЮНЕСКО, до Державного Ермітажу Санкт-Петербургу. Наразі там проходить відбір і узгодження експонатів з так званим Міністерством культури Республіки Крим [1].

Як реакція на дії РФ щодо знищення культурної спадщини України наразі у багатьох містах нерухомі пам'ятки намагаються захистити, обкладаючи останні мішками з піском, пластиком чи дошками. Так, у Києві станом на середину квітня завдяки волонтерам, підприємцям та громадськості таким способом було захищено 28 об'єктів [6]. У Львові частина об'єктів культурної спадщини була демонтована та переміщена до укриттів, а церковні вітражі, фонтани, статуї та пам'ятники, які неможливо демонтувати, захистили пластиком, дерев'яними конструкціями або іншими матеріалами. Захистити львівські пам'ятки допомагають європейські організації. Зокрема із Польщі до Львова було відправлено два вагони із захисними матеріалами [9].

Окрім того, незабаром після військового вторгнення російської федерації ЮНЕСКО оголосила про намір позначити емблемою Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року ключові історичні об'єкти України [8]. Та чи здатна зазначена Конвенція захистити українські об'єкти культурної спадщини? Для відповіді на дане питання спочатку слід проаналізувати окремі її положення.

Захист культурних цінностей відповідно до Гаазької конвенції складається з їх охорони і поваги до них. Відповідно до ст. 3 Конвенції охорона полягає у довоєнній підготовці державами-учасницями культурних цінностей на своїй території від негативних наслідків військового конфлікту [2]. Держави на власний розсуд вживають необхідних заходів. Виходячи з практики деяких країн прикладами таких заходів можуть бути встановлення розпізнавальних знаків на культурних цінностях; створення спеціальних укриттів для культурних цінностей, які можна перемістити; створення спеціальних служб, які у разі збройного конфлікту змогли б здійснити необхідні захисні заходи; створення резервів необхідних матеріалів, які використовуються у разі евакуації культурних цінностей, тощо [5, с. 6].

Обов'язок поважати культурні цінності передбачений ст. 4 Конвенції та полягає у забороні використання таких цінностей, споруд з їх захисту і безпосередньо прилягаючої місцевості у цілях, які можуть призвести до їх руйнування; утриманні від репресивних і ворожих дій проти культурних цінностей. Однак ч. 2 ст. 4 має і застереження щодо військової необхідності. Але сама по собі військова необхідність не може бути виправданням спричинення шкоди культурним цінностям. Тут обов'язково слід дотримуватися

принципу пропорційності, тобто запланована стороною конфлікту військова перевага має бути необхідною, значною і недосяжною іншим способом. Частина 3 цієї статті забороняє також крадіжки, грабежі та привласнення культурних цінностей, які знаходяться на території договірної сторони, а також будь-які акти вандалізму.

Стаття 5 Конвенції присвячена захисту культурних цінностей в умовах окупації. Дана норма передбачає обов'язок держави-окупанта брати участь у заходах охорони культурних цінностей. Дана участь повинна мати місце в співпраці із національною владою [2].

Гаазька конвенція містить також два протоколи, перший з яких було внесено 14 травня 1954 року, а набрав він чинності 7 серпня 1956 року. Серед підписантів даного протоколу є і Україна, і росія. Другий протокол був внесений 26 березня 1999 року, а набрав він чинності 9 березня 2004 року. Україна приєдналася до Другого протоколу 30 квітня 2020 року, а набрав чинності він 30 червня 2020 року. Таке приєднання відкриває для України додаткові можливості щодо захисту культурних цінностей та допоможе тиснути на росію, надаючи можливість запровадження кримінальної відповідальності за посягання на об'єкти культурної спадщини. Відповідно до Другого протоколу сторона, яка повністю чи частково окупувала територію іншої держави, не має здійснювати будь-який незаконний експорт, іншу незаконну передачу права власності чи переміщення культурних цінностей; будь-які археологічні розкопки, за винятком необхідності таких дій виключно для обліку, охорони чи збереження культурних цінностей; будь-які модифікації чи зміну призначення культурних цінностей з метою приховування чи знищення доказів історичного, культурного чи наукового характеру. Відмічається також, що у разі присвоєння чи знищення у великих масштабах культурних цінностей одна зі сторін може визнати подібні дії кримінальними правопорушеннями та зажадати відповідних покарань [4].

Однак росія так і не приєдналася до даного Протоколу, хоча ЮНЕСКО закликала рф дотримуватися зобов'язань Гаазької конвенції 1954 року і ратифікувати Другий протокол до неї. Відповідну декларацію ЮНЕСКО ухвалило 18 березня 2022 року на другому позачерговому засіданні Комітету з охорони культурної спадщини. Згідно з даним документом росія має припинити будь-які форми незаконного привласнення, пограбування і вандалізму культурних цінностей, а також утриматися від реквізиції рухомих культурних цінностей з території України. В той час Україні було запропоновано у тісній співпраці з ЮНЕСКО якомога швидше помітити ключові об'єкти культурної спадщини захисною емблемою Гаазької конвенції

1954 року (зображення Блакитного щита). У документі було запропоновано усім державам-членам, ЮНЕСКО і відповідним експертним організаціям з питань культурної спадщини надавати на прохання України поради чи підтримку щодо захисту і охорони її культурної спадщини. Окрім того, ЮНЕСКО висловило готовність надати статус посиленого захисту (enhanced protection) основним об'єктам культурної спадщини України згідно з положеннями Гаазької конвенції 1954 року і протоколів до неї, а також ухвалило рішення про надання невідкладної підтримки Україні, зокрема, фінансової [11].

Як вбачається в вищенаведеного, Гаазька конвенція 1954 року та будь-які інші міжнародні норми і конвенції ЮНЕСКО юридично здатні захистити культурні цінності нашої країни, але фактично, на жаль, ні, оскільки росія грубо порушує зазначені норми. Проте настане час справедливого покарання для країни-агресора та окремих її громадян. До цього часу Україна повинна бути готовою з правової точки зору. У зв'язку з чим, першочерговим наразі видається підписання Президентом України прийнятого Верховною Радою України ще 20 травня 2021 року Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» № 1461-IX. Цим Законом пропонується включити до КК України ст. 438⁵, яка б передбачала відповідальність за воєнні злочини проти рухомих та нерухомих цінностей, будівель та центрів, що перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права. Зокрема у ч. 1 даної норми передбачена відповідальність за умисне вчинення у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру *нападу, заволодіння чи акту вандалізму* щодо рухомої чи нерухомої цінності, будівлі або центру, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права, всупереч нормам міжнародного гуманітарного права. За такі дії може бути призначене покарання у вигляді позбавлення волі строком від шести до п'ятнадцяти років.

Частина 2 запропонованої ст. 438⁵ КК встановлює відповідальність за умисне вчинення у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру щодо рухомої чи нерухомої цінності, будівлі або центру, які перебувають під посиленням захистом згідно з міжнародним гуманітарним правом, всупереч нормам міжнародного гуманітарного права *нападу або використання такої рухомої чи нерухомої цінності, будівлі, центру або прилеглих до них місць для підтримки бойових дій*. Такі дії передбачається карати позбавленням волі строком від семи до п'ятнадцяти років.

При цьому відповідно до примітки зазначеної норми під рухомими і нерухомими цінностями, будівлями та центрами, які перебувають під захистом згідно з міжнародним гуманітарним правом, слід розуміти всі рухомі і нерухомі цінності, будівлі, і центри, передбачені ст. 1 Конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту від 14 травня 1954 року, що перебувають під загальним, спеціальним чи посиленням захистом за міжнародним гуманітарним правом. Перелік рухомих і нерухомих цінностей, будівель і центрів, які перебувають під спеціальним захистом, міститься у Міжнародному реєстрі культурних цінностей, що перебувають під спеціальним захистом. У свою чергу під рухомими та нерухомими цінностями, будівлями і центрами, що перебувають під посиленням захистом міжнародного гуманітарного права, слід розуміти рухомі і нерухомі цінності, будівлі і центри, включені до Міжнародного списку культурних цінностей, яким надається посилений захист.

Водночас зазначеним Законом запроваджується принцип універсальної юрисдикції щодо злочинів проти людяності, геноциду, агресії і воєнних злочинів. Тобто дія законодавства про кримінальну відповідальність не пов'язується з громадянством, постійним місцем проживання підозрюваного або потерпілого чи шкодою національним інтересам держави, а також місцем вчинення злочину. Також передбачається, що до таких злочинів не будуть застосовуватися строки позовної давності [7].

Таким чином, наразі перед Україною постало завдання вжити усіх можливих заходів для захисту культурних цінностей. Суттєва робота у цьому напрямку щодо фізичного збереження таких цінностей вже проведена та продовжує проводитися. Нагальним наразі залишається підписання Президентом України зазначеного вище Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права».

Список використаних джерел:

1. Бакальчук В. Аналіз загроз знищення, незаконного привласнення та вивезення рухомих культурних цінностей України на територію РФ. URL: <https://niss.gov.ua/news/komentari-ekspertiv/analiz-zahroz-znyshchennya-nezakonnoho-privlasnennya-ta-vyvezennya>.

2. Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту : Конвенція від 14 травня 1954 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_157#Text.

3. Damaged cultural sites in Ukraine verified by UNESCO. UNESCO. 3 травня 2022. URL: <https://www.unesco.org/en/articles/damaged-cultural-sites-ukraine-verified-unesco>.

4. Другий протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_001-99#Text.

5. Зі щитом чи на щиті? : захист культурних цінностей в умовах збройного конфлікту на сході України / О. А. Біда, А. Б. Блага, Д. О. Коваль, О. А. Мартиненко, М. Г. Статкевич; за заг. ред. А. П. Буценка / Українська Гельсінська спілка з прав людини. Київ : КИТ, 2016. 72 с.

6. Кречетова Д. На захисті від «русского мира»: як рятують українські пам'ятки і чому Київ лишив монумент Незалежності відкритим. Українська правда. 16 квітня 2022 р. URL: <https://life.pravda.com.ua/culture/2022/04/16/248266/>.

7. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права № 1461-IX, прийнятий Верховною Радою України 20 травня 2021 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804.

8. Hickey, Catherine. Unesco 'gravely concerned' about damage to Ukrainian cultural heritage. The Art Newspaper – International art news. 4 березня 2022 р.

9. Holland, Oscar. 'Concerned' Ukrainian locals help protect Lviv's historic statues. CNN. 4 березня 2022. URL: <https://edition.cnn.com/style/article/lviv-ukraine-statues-wrapped-heritage-protection/index.html>.

10. «Це воєнні злочини». В Україні зруйновані та пошкоджені 200 об'єктів культурної спадщини. НВ. 18 квітня 2022. URL: <https://nv.ua/ukr/art/v-ukrajini-zruynovani-ta-poshkodzheni-200-ob-yektiv-kulturnoji-spadshchini-tkachenko-novini-ukrajini-50234845.html>.

11. ЮНЕСКО закликло росіян припинити руйнування культурних цінностей в Україні. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/mkip-yunesko-zaklikalo-rosiyan-priviniti-rujnuvannya-kulturnih-cinnostej-v-ukrajini>.

*Гловіук І. В.,
д.ю.н., професор,
професорка кафедри кримінально-
правових дисциплін
Інституту права Львівського
державного
університету внутрішніх справ*

ПИТАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ: НА ПРИКЛАДІ РІШЕННЯ ЄСПЛ «MARGUŠ ПРОТИ ХОРВАТІЇ»

В умовах жорстокої збройної російської агресії проти України та Українського народу актуалізується питання механізмів притягнення до відпо-

відальності за воєнні злочини, і фахівцями у цій сфері вже сформульовано ряд пропозицій. Разом з тим, виникає питання щодо національного реагування на такі злочини, у тому числі у аспекті перехідного правосуддя.

Деякі питання щодо державно-правового та міжнародного реагування на воєнні злочини вже розглядалися і у практиці ЄСПЛ, зокрема, у аспекті дотримання права не бути притягненим до суду або покараним двічі. Це питання розглядалось, зокрема, у рішенні «Marguš проти Хорватії» (Заява №4455/10) [1]. Питання у цій справі було у тому, що заявник був членом хорватської армії, і щодо нього здійснювалося кримінальне провадження стосовно вбивства мирних мешканців. Пізніше обвинувачення було змінено, а саме прокурор відмовився від обвинувачення за пунктами 3, 4, 6, 7 і 9 обвинувального висновку, а також від обвинувачень у привласненні майна, що належить іншим. Тобто залишились обвинувачення щодо: «1. 20 листопада 1991 року близько 7 години ранку в Чепині (Čepin) ... вистрілив чотири рази в С. Б. автоматичною зброєю, ... в результаті чого С. Б. помер; ... 2. У той же час і в тому ж місці, що й в (1), ... кілька разів вистрілив у В. Б. автоматичною зброєю, ... в результаті чого В. Б. помер; 8. 1 серпня 1991 року о 15:30 годині в Чепині ... вистрілив в Р. Ц., спричинивши йому легкі тілесні ушкодження, а потім ... побив В. Ж., ... спричинивши йому тяжкі тілесні ушкодження, ... а також побив Р. Ц., ... спричинивши йому подальші легкі тілесні ушкодження ...» [1].

Було висунуто нове обвинувачення, що він вистрілив 20 листопада 1991 року близько 7 години ранку в Чепині в хлопчика Сл.Б., завдавши йому тяжкі тілесні ушкодження.

За законом «Про загальну амністію» провадження було закрито. У мотивувальній частині було зазначено: «Обвинуваченому Фреду Маргушу висунуто звинувачення в трьох злочинах, скоєних в Чепині 20 листопада 1991 року, і в одному злочині, скоєному в Чепині 1 серпня 1991 року. Перші три злочини стосуються найважчого періоду і часу найсерйозніших нападів на Осіек і Східну Хорватію відразу після падіння Вуковара (Vukovar) і часу найважчих боїв за Ласлово (Laslovo). У цих битвах обвинувачений діяв в якості комбатанта, проявивши виняткову мужність та отримавши рекомендацію щодо підвищення в званні лейтенанта командиром Третього батальйону 106-ї бригади хорватської армії, який тоді був його начальником. У критичний період, що стосується перших трьох злочинів, обвинувачений діяв в якості члена хорватської армії; в цей найважчий період, діючи в якості командира підрозділу, він намагався запобігти попаданню поселення в руки ворога – тоді, коли існувала безпосередня небезпека того, що це може

трапитися. Четвертий злочин був скоєний 1 серпня 1991 року, коли обвинувачений діяв в якості чергового члена Резервних сил в Чепині і був одягнений у військову камуфляжну форму та використовував бойову зброю. ... Дії обвинуваченого, з урахуванням часу і місця даних подій, були тісно пов'язані з агресією, збройним повстанням і збройними конфліктами в Хорватії, і вчинялися протягом періоду, зазначеного в Законі «Про загальну амністію.»» [1]

Разом з тим, Верховний Суд визнав порушення цього Закону, зазначивши і те, що: «У фактичному описі злочинів за пунктом 4 обвинувального висновку йдеться про те, що обвинувачений скоїв ці діяння в якості члена резервних військ в Чепині після того, як закінчилося його чергування. Ця характеристика як така не створює суттєвого зв'язку між злочинами і війною, оскільки якби це так було, амністія охоплювала б усі злочини, вчинені в період з 27 серпня 1990 року по 23 серпня 1996 року членами хорватської армії або ворожими формуваннями (за винятком тих, які спеціально перераховані в статті 3(1) Закону «Про загальну амністію»); це звичайно ж не було наміром законодавця. Нарешті, військова кар'єра обвинуваченого, докладно описана в оскаржуваній ухвалі, не може бути критерієм для застосування Закону «Про загальну амністію»... Фактичний опис злочинів в обвинувальному висновку ... не свідчить про те, що зазначені діяння були скоєні під час агресії, збройного повстання чи збройних конфліктів у Хорватії або що вони були вчинені у зв'язку з ними» [1].

У 2006 році Маргушу було висунене обвинувачення у воєнних злочинах проти цивільного населення, і за підсумками судового провадження було визнано винуватим. Верховний Суд залишив рішення у силі, вказавши наступне: «Незважаючи на те, що наслідки злочинів, які були предметом судового провадження в окружному суді м. Осіек під номером К 4/97, а саме – вбивство С. Б., В. Б, Н. В. та Не.В, а також спричинення тяжких тілесних ушкоджень Сл.Б., є також частиною фактичних обставин [кримінальних правопорушень, що знаходилися на розгляді] в провадженні, в якому оскаржуване рішення було прийняте, злочини, [які розглядалися в даних двох кримінальних провадженнях], не є ідентичними. Порівняння між фактичними обставинами [кримінальних правопорушень, що розглядалися] в обох провадженнях, свідчить про те, що вони не є ідентичними. Фактичні обставини [зазначених злочинів] в оскаржуваному рішенні містять додатковий кримінальний елемент, значно ширший за обсягом, ніж той, що став підставою для судового провадження, яке здійснювалося в окружному суді м. Осіек під номером К-4/97. [У даній справі] обвинувачений Фред Маргуш

обвинувачується в порушенні норм Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 року, Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року про захист жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол II) від 8 червня 1977 року, в тому, що в період з 20 по 25 листопада 1991 року під час здійснення захисту цієї території від збройних нападів з боку місцевого повстанського сербського населення і так званої «Югославської народної армії» в їх спільному нападі на конституційно-правовий порядок та територіальну цілісність Республіки Хорватія, і в порушення норм міжнародного права, він убив і катував цивільних осіб, повадився з ними нелюдським чином, незаконно затримував їх, наказав вбити цивільну особу і грабував цивільне населення. Вищевказані дії становлять злочин проти цінностей, які охороняються міжнародним правом, а саме – воєнний злочин проти цивільного населення за статтею 120 § 1 Кримінального кодексу. Оскільки фактичні обставини даного злочину, а також його юридична кваліфікація, відрізняються від того, що було предметом попередніх проваджень, зокрема в тому, що обсяг звинувачень проти обвинуваченого Фреда Маргуша є значно ширшим і відмінним від попередньої справи (матеріали справи № К-4/97), питання, вирішені в попередній справі, не мають преюдиціальної сили...» [1]. Тобто Верховний Суд виходив з того, що порушення правила щодо *non bis in idem* немає.

ЄСПЛ, навпаки, висловив протилежну точку зору з цього питання: Палата дійшла висновку, що злочини, за які заявника судили в першому та другому провадженнях, були тими ж самими. При цьому ЄСПЛ визнав, що: (1) зняття обвинувачень прокурором не є засудженням і не підпадає під гарантії ст. 4 Протоколу № 7 та (2) що гарантії за статтею 4 Протоколу № 7 і зобов'язання держав за статтями 2 і 3 Конвенції слід розглядати як частини єдиного цілого, ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції не застосовується в обставинах даної справи. У підсумку питання було розглянуто лише стосовно тих обвинувачень, щодо яких застосовано амністію.

Окремо слід зупинитися на питанні амністії. Відмітимо, що Римський статут МКС у ст. 20 виклав гнучкий підхід щодо засади *ne bis in idem*: ніяка особа, яка була судима іншим судом за злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини, злочин агресії, не може бути судима Міжнародним кримінальним судом за те саме діяння, крім випадків, коли розгляд в іншому суді: призначався для того, щоб захистити відповідну особу від кримінальної відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду; або за іншими ознаками не було проведено незалежно або неупереджено у відповідності з нормами належної правової процедури, визнаними

міжнародним правом, і проводилося таким чином, що за відповідних обставин не відповідало цілі піддати відповідну особу правосуддю. Такий підхід є зрозумілим для недопущення штучного притягнення до кримінальної відповідальності з метою «вивести» особи з-під міжнародної кримінальної юрисдикції. Є позиція, що «дане положення вказує на можливість повторного переслідування за вчинений злочин вже Міжнародним кримінальним судом, при цьому злочин має містити ознаки складу міжнародного злочину, якщо вчинені дії не отримали належної оцінки національним судом» [2, с. 106]. Як видається, тут складно стверджувати про повторне переслідування, адже фактично першого у межах належної правової процедури «засудження» як такого не було і воно таким не визнається.

ЄСПЛ надав оцінку питанню застосованої амністії у розглядуваній справі. Розглянувши міжнародні договори та практику міжнародних та регіональних судових установ, у тому числі і МКС, Суд визнав, що Закон «Про загальну амністію» був помилково застосований у справі заявника, і встановив, що застосування амністії щодо дій, які складали воєнні злочини, скоєні заявником, становило «фундаментальний дефект» в цих провадженнях, що відкрило можливість для перегляду справи заявника. Одним із аргументів Уряду був якраз аргумент щодо недопустимості амністії за воєнні злочини.

ЄСПЛ вказав, що:

- можливість надання державою амністії щодо серйозних порушень прав людини може бути обмежена міжнародними договорами, стороною яких є така держава. Існує кілька міжнародних конвенцій, які передбачають обов'язок переслідувати злочини, зазначені в них (див. Женевські конвенції 1949 року про захист жертв збройних конфліктів і Додаткові протоколи, зокрема, спільну статтю 3 Женевських конвенцій, статті 49 і 50 Конвенції (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, статті 50 та 51 Конвенції (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, потерпілих корабельну аварію, зі складу збройних сил на морі, статті 129 та 130 Конвенції (III) про поводження з військовополоненими, і статті 146 і 147 Конвенції (IV) про захист цивільного населення під час війни; див. також Додатковий протокол (II) до Женевських конвенцій від 1977 року, який стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, статті 4 та 13; Конвенцію про запобігання та покарання злочину геноциду, статтю V; і Конвенцію проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання) (п. 132);

- хоча формулювання статті 4 Протоколу №7 обмежує її застосування на національному рівні, слід зазначити, що сфера застосування деяких між-

народних актів поширюється на перегляд справи в другій державі або в міжнародному суді (п. 136).

Отже, ЄСПЛ дійшов висновку, що:

1) У даній справі заявника було амністовано за діяння, які склали серйозні порушення основних прав людини, а саме – умисне вбивство цивільних осіб і спричинення тяжкого тілесного ушкодження дитині. При цьому окружний суд у своїй мотивувальній частині посилався на заслуги заявника як військового офіцера. Зростаючою тенденцією в міжнародному праві є неприйняття подібних амністій, оскільки вони є несумісними із загально визнаним зобов'язанням держав щодо кримінального переслідування і покарання серйозних порушень основних прав людини. Навіть якщо й можна було б припустити, що амністії є допустимими за певних особливих обставин, наприклад, в ході примирення та/або за наявності певної форми компенсації для потерпілих сторін, амністія, надана заявнику в даній справі, все одно не була б допустимою, оскільки жодних ознак того, що такі обставини існували в даній справі, не вбачається (п. 139).

2) Суд вважає, що виносячи новий обвинувальний висновок проти заявника та засудивши його за воєнні злочини проти цивільного населення, хорватські органи влади діяли відповідно до вимог статей 2 і 3 Конвенції та у спосіб, що узгоджувався з вимогами та рекомендаціями вищезазначених міжнародних механізмів та інструментів (п. 140).

Таким чином, Суд визнав, що ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції не застосовується щодо звинувачень, пов'язаних з убивством С. Б. та В. Б. та тяжкого поранення Сл.Б.

Аналіз цієї справи вказує на те, що: по-перше, інша кваліфікація одних і тих самих діянь, попри їх серйозність як воєнних злочинів, не впливає на тлумачення правопорушення як того самого, за яке особа вже була остаточно виправдана або засуджена; по-друге, застосування амністії (хоч Суд прямо цього і не визнав) загалом має оцінюватися у аспекті засудження або виправдання, оскільки Суд аналізує застосовність ст. 4 Протоколу № 7 до Конвенції, щодо обвинувачень, до яких застосована амністія; по-третє, гарантії *non bis in idem* і зобов'язання держав за статтями 2 і 3 Конвенції мають розглядатися у взаємозв'язку; по-четверте, у аспекті серйозних порушень основних прав людини, зокрема, за ст. 2 та 3 Конвенції, амністія загалом є дефектом реагування з боку держави на такі злочини, хоча за певних особливих умов можна розглядати питання про застосовність амністії (наприклад, в ході примирення та/або за наявності певної форми компенсації для потерпілих).

Список використаних джерел:

1. Справа «Marguš проти Хорватії» (Заява № 4455/10). URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%224455/10%22\],%22languageisocode%22:\[%22UKR%22\],%22appno%22:\[%224455/10%22\],%22itemid%22:\[%22001-150995%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%224455/10%22],%22languageisocode%22:[%22UKR%22],%22appno%22:[%224455/10%22],%22itemid%22:[%22001-150995%22]})

2. Кедик В. П. Застосування принципу NON BIS IN IDEM у випадках вчинення злочину за межами України. Науковий вісник Ужгородського національного університету. 2015. № 33. Том 2. С. 105–107.

Філей Ю. В.,

к.ю.н., доцент,

декан юридичного факультету

Національного університету «Запорізька

політехніка»

Денисов С. Ф.,

д.ю.н., професор,

Харківський національний університет

внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА

Міжнародне гуманітарне право передбачає індивідуальну відповідальність фізичних осіб і зобов'язує держави, які беруть участь у збройному конфлікті, вживати заходів щодо припинення будь-яких порушень його вимог.

Військовослужбовці за порушення норм міжнародного гуманітарного права можуть бути притягнуті як до дисциплінарної, так і до кримінальної відповідальності. Відповідальність військовослужбовців за злочини, пов'язані з порушенням норм міжнародного гуманітарного права, передбачена у розділі XIX Кримінального кодексу України.

Застосування заборонених методів і засобів ведення війни (збройного конфлікту) може бути вчинено як умисно, так і з необережності.

До кримінальної відповідальності притягуються особи, які вчинили серйозні порушення міжнародного гуманітарного права. Серйозні порушення норм міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами. Серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права є: серйозні порушен-

ня, направлені проти людей; серйозні порушення, направлені проти майна; серйозні порушення, вчинені шляхом віроломного використання міжнародно-визнаних розпізнавальних емблем (знаків) і сигналів [1].

До серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, направлених проти людей, належать: умисне вбивство, катування та нелюдське поводження; умисне заподіяння тяжких страждань або серйозного каліцтва чи нанесення шкоди здоров'ю людини; напад на осіб, які знаходяться під захистом міжнародного гуманітарного права; здійснення нападу невідбиркового характеру, коли відомо, що це стане причиною людських втрат серед цивільного населення і спричинить збиток цивільним об'єктам; напад на небезпечні установки і споруди, якщо відомо, що це спричинить надмірні втрати серед цивільного населення або значні збитки цивільним об'єктам; напад на місцевості, що не обороняються, та демілітаризовані зони; неправомірний напад на культурні цінності, які чітко розпізнаються; проведення на людях медичних, біологічних або наукових експериментів; нелюдське поводження, яке супроводжується приниженням гідності людини, у тому числі застосування практики апартеїду, геноциду та інших дій, які ґрунтуються на расовій дискримінації; взяття заручників; здійснення актів терору; незаконне позбавлення волі (арешт); наказ не залишати нікого в живих; депортація чи незаконне переміщення населення окупованої території (як в межах цієї території, так і поза нею); переміщення державою-окупантом частини власного цивільного населення на окуповану територію; позбавлення права на неупереджене та належне судочинство; невинуватна затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб; примус до служби у збройних силах противника; обмеження доступу населення до їжі, води; застосування заборонених видів зброї; використання «живих щитів»; вербування до складу збройних сил або використання у воєнних діях дітей віком до п'ятнадцяти років тощо.

Як серйозні порушення, направлені проти майна, кваліфікуються не виправдані військовою необхідністю дії: великомасштабне руйнування майна; присвоєння майна у великих розмірах; знищення або розграбування власності противника; віддача на розграбування населеного пункту або місцевості; захоплення суден, призначених для берегового рибальства або потреб місцевого мореплавання, госпітальних суден та суден, які здійснюють наукові і релігійні функції.

Як серйозне порушення розглядається віроломне використання розпізнавальних емблем (знаків, сигналів), якими позначаються особи і об'єкти, що користуються захистом міжнародного гуманітарного права.

Той факт, що порушення права збройних конфліктів було вчинено підлеглою особою, не звільняє її начальників від дисциплінарної чи кримінальної відповідальності, якщо вони мали в своєму розпорядженні інформацію щодо намірів підлеглого і не вжили всіх можливих запобіжних заходів щодо відвернення порушень, а також якщо, маючи інформацію про вже скоєний злочин, не вжили заходів щодо притягнення до відповідальності винних.

У випадку серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права сторони, які знаходяться у збройному конфлікті, повинні вживати заходів як спільно, так і в індивідуальному порядку, у співробітництві з Організацією Об'єднаних Націй та відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй.

Кожна держава несе відповідальність за розшук осіб, які вчинили або наказали вчинити воєнні злочини (включаючи ті злочини, що стали результатом невживання необхідних запобіжних заходів).

Той, хто звинувачується, повинен бути виданий на вимогу іншої держави, якщо його не було притягнуто до суду за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права в його державі, із суворим дотриманням принципу, згідно з яким забороняється висилати, повертати чи видавати будь-яку особу іншій державі, якщо є серйозні підстави вважати, що їй там можуть загрозувати застосування катувань, переслідування чи інші серйозні порушення прав людини (принцип non-refoulement) [1].

Так, у Розділі XIX Кримінального кодексу України [2], серед інших, є ст. 433 «Насильство над населенням у районі воєнних дій». Насильство, протизаконне знищення майна, а також протизаконне відібрання майна під приводом воєнної необхідності, вчинювані щодо населення в районі воєнних дій, караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років.

Розбій, вчинюваний щодо населення в районі воєнних дій, карається позбавленням волі на строк від семи до десяти років.

У ст. 434 «Погане поводження з військовополоненими» зазначається, що погане поводження з військовополоненими, яке мало місце неодноразово, або пов'язане з особливою жорстокістю, або спрямоване проти хворих і поранених, а також недбале виконання обов'язків щодо хворих і поранених особами, на яких покладено їх лікування і піклування про них, за відсутності ознак більш тяжкого злочину караються позбавленням волі на строк до трьох років.

У ст. 435 «Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею» передбачено, що носіння в районі воєнних дій символіки Червоного Хреста, Червоного

Півмісяця, Червоного Кристала особами, які не мають на те права, а також зловживання в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, прапорами чи знаками Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала або пофарбуванням, присвоєним санітарно-транспортним засобам, караються обмеженням волі на строк до двох років.

Носіння в районі воєнних дій символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала особами, які не мають на те права, а також зловживання в умовах воєнного стану прапорами чи знаками Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала або пофарбуванням, присвоєним санітарно-транспортним засобам, караються позбавленням волі на строк до двох років.

І. О. Колотуха наголошує, що на сьогоднішній день можна виділити близько ста складів злочинів, які вважаються воєнними. Найбільший їх перелік міститься у Римському Статуті Міжнародного Кримінального Суду. Цим документом введено досить велику кількість нових злочинів, в основному шляхом криміналізації окремих видів діянь, вчинених під час збройного конфлікту неміжнародного характеру. В той же час даний перелік не є вичерпним. Статут Міжнародного Кримінального Суду є першим документом, який передбачив не тільки можливість фізичної особи нести відповідальність за порушення норм гуманітарного права під час неміжнародних збройних конфліктів, але й чітко визначив перелік дій, які вважаються злочинами. Кримінальну відповідальність за порушення норм міжнародного права може нести лише індивід – фізична особа. Інші суб'єкти, як держава чи міжнародна організація не є суб'єктами цього виду відповідальності. Вони можуть нести особливий вид відповідальності – міжнародно-правову. Що ж стосується юридичних осіб, передусім громадських організацій та політичних партій, то вони також не є суб'єктами кримінальної відповідальності. В окремих випадках, коли судом буде визнано злочинний характер такої організації та її причетність до вчинення воєнних злочинів, участь у таких організаціях вважатиметься злочином. Проте, в цьому випадку, кримінальну відповідальність несе її учасник як окрема фізична особа [3, с. 12].

У проєкті Кримінального кодексу України (станом на 18.02.2022 року) передбачена Книга одинадцята «Злочини проти міжнародного правопорядку», яка буде складатися з Розділу 11.1. Геноцид, Розділу 11.2. Злочини проти людяності, Розділу 11.3. Злочин агресії, Розділу 11.4. Воєнні злочини, Розділу 11.5. Злочини проти миру та безпеки людства [4]. Проте майбутній зміст цих Розділів поки ще не опубліковано. Безумовно, війна внесе свої корективи під час змістовного наповнення цієї Книги.

Отже, Римський Статут Україною не ратифіковано, а чинний Кримінальний кодекс України досить фрагментарно закріплює воєнні злочини. Тому назріла нагальна необхідність ратифікації Римського Статуту та продовження удосконалення проєкту КК України.

Список використаних джерел:

1. Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : Наказ Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5.04.2001 № 2341. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
3. Колотуха І. О. Кримінальна відповідальність фізичних осіб за порушення норм міжнародного гуманітарного права : автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Одеса. 2010. 19 с.
4. Проєкт Кримінального кодексу України. <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/02/18/kontrolnyj-proekt-kk-18-02-2022.pdf>

Наукове видання

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ВІДПОВІДІ НА ВИКЛИКИ ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ

Матеріали міжнародної наукової конференції

м. Харків, 5 травня 2022 року

Відповідальність за зміст тез несуть автори

Видається в авторській редакції

Комп'ютерна верстка *А. Т. Гринченка*

Підписано до друку 26.07.2022.

Формат 60×84/16. Папір офсетний. Гарнітура Times.

Ум. друк. арк. 18. Обл.-вид. арк. 19. Тираж 200 прим.

Вид. № 3031

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80-А, Харків, 61002, Україна

Тел./факс (057) 716-45-53

Сайт: <https://pravo-izdat.com.ua>

E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua

E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

Виготовлено у друкарні ТОВ «ПРОМАРТ»,

вул. Весніна, 12, Харків, 61023, Україна

Тел. (057) 717-25-44

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції – серія ДК № 5748 від 06.11.2017