Кримінально-правова політика України в умовах воєнного стану

Вважається, що кримінально-правова політика є частиною державної політики у сфері протидії злочинності, що здійснюється засобами і методами кримінального права, втілюється в явищах криміналізації та декриміналізації, пеналізації і депеналізації. Певна річ, існує безліч дефінітивних варіацій кримінально-правової політики чи-то з ухилом на широке її розуміння як політики у сфері протидії злочинності, боротьби з нею, чи-то з ухилом на її значення як окремої міжгалузевої науки та, відповідно, сфери політичної, себто такої, що генерує та реалізує владу, владарювання як таке, діяльності. Водночас, на нашу думку, немає, по-перше, потреби і достатніх підстав визнавати кримінально-правову політику окремою наукою, а, по-друге, немає підстав для звуження її змісту винятково до криміналізації (декриміналізації), пеналізації (депеналізації) і діяльності, що їх забезпечує. Якщо йдеться про будь-яку правову політику, то вона не має охоплюватись всім механізмом правового регулювання та правового впливу, втілюватись у них. Отже, не лише правотворчість має перебувати у фокусі кримінально-правової політики, а й, щонайменше, правореалізація, правозастосування, а також, як переконливо доводить П. Л. Фріс, ідеологія як вимір, субстрат правової свідомості і культури. Не секрет, що рівень безпосередніх правозастосувачів здатен «поставити хрест» на цілепокладанні умовного законодавця (ініціаторів, розробників проєктів законів про кримінальну відповідальність), адаптуючи, підминаючи практику застосування кримінального закону під власні орієнтири, спроможності, можливості. Саме тому реальна політика не може і не має завершуватися на правотворчому елементі, а сягати правозастосування, зв’язуючись на цьому рівні з іншими компонентами державної політики (освітньої, просвітницької, іншої гуманітарної, кримінологічної тощо). Тому слід підтримати тих учених, які зазначають, що кримінально-правова політика виявляється в нормах законодавства про кримінальну відповідальність, практиці їх застосування (а також реалізації), рішеннях офіційного тлумачення Конституційним Судом України кримінально-правових норм, постановах Пленуму Верховного Суду з питань застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність, судових рішеннях Верховного Суду України стосовно неоднакового застосування норм матеріального права. Сюди ж можна додати і застосування правових позицій Європейського суду з прав людини, втілених у його рішеннях, які мають значення для тлумачення і застосування кримінально-правових норм.

Викладене розуміння кримінально-правової політики дозволяє нам окреслити коло тих викликів (основних, на нашу думку, з них), які перед нею виникли у зв’язку з початком повномасштабної агресії РФ проти України, і, власне, ідентифікувати ці виклики як такі, що стосуються кримінально-правової політики. Це означає, що відповідь на них, зокрема, має забезпечуватись інструментами цієї політики, у зв’язку з чим вони можуть бути поділені на дві функціональні групи: безпосередньо пов’язані з агресією та опосередковані нею. Далі логіка викладу матеріалу буде такою: опис, стисле пояснення виклику, наявної на нього реакції в межах кримінально-правової політики, характеристика недоліків такої реакції, пропозиції щодо можливих шляхів їх усунення.

І. Безпосередні виклики онтологічного порядку, що визначають загрози фундаментального значення для організації суспільства в державну форму.

1. Захоплення (тимчасова окупація, анексія) територій – базовий виклик, що визначає географічні контури соціовітальних меж. Відповіді на цей виклик, які оформлені кримінально-правовою політикою України, можна об’єднати у три групи:

1) виставлення функціональних заслонів здійсненню ефективного контролю країною-агресором на тимчасово окупованих територіях і полегшенню розширення їх зони за рахунок кримінально-правової заборони сприянню діяльності окупаційних сил (ідеться про криміналізацію 3 березня 2022 р. колабораційної діяльності (ст. 111-1 КК України) та 14 квітня 2022 р. – пособництва державі-агресору (ст. 111-2 КК України));

2) забезпечення додаткових гарантій ефективної дії Збройних Сил України щодо відсічі агресії РФ через встановлення 24 березня 2022 р. кримінально-правової заборони несанкціонованого 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, вчиненого в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114-2 КК України);

3) залучення максимального кола осіб (передусім цивільних) до справи відсічі збройної агресії РФ проти України через міжгалузеве продовження концепції Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. № 1702-ІХ шляхом доповнення 15 березня 2022 р. переліку обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння новою, зафіксованою у ст. 43-1 КК України, «виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України».

Такі кроки законодавця слід визнати зрозумілими, в цілому адекватними, однак недостатніми і такими, що залишаються вразливими до критичного аналізу. Результат останнього дає можливість виділити дві групи недоліків у відповідях кримінально-правової політики України на безпосередні виклики війни: стратегічного і тактичного характеру.

Недоліком стратегічного характеру, що має комплексний зміст, є прогалина або навіть повна відсутність уваги (на рівні доконаного правотворчого продукту) до проблем удосконалення кримінально-правової протидії злочинам агресії в термінології Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – МКС). Засуджуючи агресивну війну, формуючи організаційно-правовий, ресурсний інструментарій відсічі агресії, у кримінально-правовій площині саме агресія випадає.

Це не означає, що на національному рівні не відбувається розслідування злочинів, передбачених ст. 437 КК України («Планування, підготовка, розв’язування та ведення агресивної війни»). Такі розслідування проводяться. Проте це означає те, що абсолютно не використовується в цьому напрямі ресурс міжнародної кримінальної юстиції. Останній, судячи з офіційних матеріалів МКС, а також відомих постанов Верховної Ради України про визнання юрисдикції МКС, звернень 43 країн до Офісу прокурора МКС протягом 1–11 березня 2022 р., сфокусований на розслідуванні воєнних злочинів, злочинів проти людяності, відбувається перевірка на наявність ознак злочину геноциду. Однак про злочини агресії не йдеться.

У міжнародно-правовому вимірі виходить так, що агресивна війна є, агресія як міжнародно-протиправне діяння держави РФ є, а злочину агресії начебто немає.

Про кроки, необхідні для виходу із цієї ситуації, усунення цього недоліку, вже сказано чимало, але ще до початку повномасштабної війни РФ проти України. У сучасних умовах наявні напрацювання варто актуалізувати.

Йдеться щонайменше про два заходи:

а) ратифікацію Україною Римського статуту МКС та Кампальських додатків до нього. Чинна Конституція України (ч. 6 ст. 124) вже дозволяє це зробити. Без такого кроку міжнародна кримінальна юстиція, принаймні у форматі діяльності МКС, щодо злочинів агресії вищих посадових осіб РФ проти України лишатиметься недосяжною. Звісно, існують і певні ризики ратифікації. Однак їх можливо мінімізувати;

б) удосконалення чинної редакції ст. 437 КК України у напрямі її гармонізації з положеннями Римського статуту МКС щодо забезпечення необхідної деталізації й термінологічної синхронізації ознак складу злочину, передбаченого ст. 437 КК України, їх релевантності елементам злочину агресії, зафіксованих у ст. 8 bis Римського статуту МКС. Перш за все, йдеться про деталізацію ознак об’єктивної сторони, визначення конкретних проявів, які, зокрема, охоплюють використання парамілітарних об’єднань, незаконних збройних формувань, приватних військових компаній у цілях агресії, надання території власної держави для використання збройних сил державою-агресором (актуально щодо Республіки Білорусь) тощо.

Недоліки тактичного (техніко-юридичного і правозастосовного) характеру виявляють себе у значній кількості при аналізі статей 111, 111-1, 111-2 та 436-2 КК України та візуалізуються в численних та не виправданих практичною необхідністю ситуаціях:

а) конкуренції цих кримінально-правових норм за великою кількістю ознак. Найбільш проблематичним є розмежування ч. 1 ст. 111-1 та ст. 436-2 КК України стосовно публічного заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України. На практиці підрозділи СБУ і Національної поліції виходять із цього положення, враховуючи лише ознаку публічності, яка чітко передбачена ч. 1 ст. 111-1 КК України.

Такий підхід слід визнати практичним, однак таким, що не відповідає задуму, смислу криміналізації вказаних суспільно небезпечних діянь. Крім того, не менше проблем виникає з конкуренцією:

– ч. 4 ст. 111-1 та ст. 111-2 КК України стосовно передачі матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора;

– ч. 1 ст. 111 та ч. 7 ст. 111-1 КК України щодо переходу на бік ворога громадянина України шляхом зайняття посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, а також добровільної участі громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора.

Явних розмежувальних критеріїв тут немає. Як варіант, використовувати ознаку добровільності зайняття посади у колабораційній діяльності та її відсутності в державній зраді (співвідношення норм статей 111 та 111-1 КК України як загальної та спеціальної, як на тому наголошують деякі вчені). Тобто вийти з допущення, що держава зрада може відбутися й у вимушено добровільний спосіб, при застосуванні примусу, що не виключає кримінальної протиправності діяння. Хоча, на нашу думку, більш виваженим буде підхід запровадження у ст. 111 КК України (на відміну від ст. 111-1 КК України) спеціального суб’єкта, що перебуває під присягою на вірність народові України (військовослужбовці, правоохоронці, судді та ін.) і зраджує цій присязі.

У цьому контексті не можна не звернути увагу і на ту обставину, що законодавець не передбачив ознаку добровільності колабораційних діянь, передбачених у частинах 3 та 4, на відміну від частин 2, 5 і 7 ст. 111-1 КК України, чим створив умови непропорційної кримінальної репресії в системно-правовому її розумінні;

б) невідповідності між назвою Розділу І Особливої частини КК України «Злочини проти основ національної безпеки» та видом кримінальних правопорушень, передбачених частинами 1, 2 ст. 111-1 КК України (колабораційна діяльність), що можуть бути визначені як кримінальні проступки. Звідси постає проблема, на яку вже звертали увагу науковці, щодо можливості розслідувати ці злочини органами Служби безпеки України, у структурі яких не створені підрозділи дізнання, що мають розслідувати кримінальні проступки. Створення окремого структурного підрозділу у Службі безпеки України заради розслідування всього лише однієї категорії кримінальних правопорушень видається недоцільним, навіть з економічної точки зору. Варто змінювати положення законодавства;

в) неадекватної санкції ч. 1 ст. 111-1 КК України, що передбачає безальтернативне покарання у вигляді позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п’ятнадцяти років1. Як випливає зі здійсненого нами аналізу слідчої та судової практики, наявних у Єдиному державному реєстрі судових рішень вироків за колабораційну діяльність (ч. 1 ст. 111-1 КК України), така санкція абсолютно не корелює з ознаками осіб злочинців, адже абсолютна більшість із них не відповідає ознакам службової особи, не мала на момент притягнення до кримінальної відповідальності жодного стосунку до публічної служби.

Вихід із цієї ситуації вбачається у внесенні змін до санкцій частин 1, 2 ст. 111-1 КК України шляхом запровадження необхідних для визнання таких дій злочинними діапазону штрафу (від 3 до 10 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) або позбавлення волі на строк від 2 до 5 років залежно від суспільної небезпечності відповідних проявів колабораціонізму.

Також до недоліків тактичного характеру щодо відповідей на перший, базовий воєнно-політичний виклик можна віднести і вади конструювання ст. 43-1 КК України. Йдеться про юридичну неможливість дотримання однієї з необхідних умов викладеної в ній обставини, що виключає кримінальну протиправність, а саме забезпечити спрямованість дій щодо спричинення шкоди «особі, яка здійснює агресію». Наголосимо, що використання в ч. 1 ст. 43-1 КК України категорії «особи, які здійснюють агресію» є таким, що не забезпечує можливості досягнення цілей кримінально-правового регулювання, які найвірогідніше переслідував законодавець, створюючи цю норму. Оперування в тексті закону цією нормою очевидно відсилає, в першу чергу, до ст. 437 КК України, а у другу, – до ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. № 1932-ХІІ задля визначення суб’єктів здійснення агресії, тобто власне тих суб’єктів, яким можна в контексті ст. 43-1 КК України правомірно спричиняти шкоду, аж до позбавлення життя. При цьому не важко з’ясувати, що суб’єктом злочину, передбаченого ст. 437 КК України, тобто тим, хто здійснює агресію, є лише вище військово-політичне керівництво країни-агресора, тобто особи, які здатні приймати рішення про використання збройних сил держави, здійснювати ефективний контроль за якого виконанням. Відповідно ж до положень міжнародного гуманітарного права комбатанти мають міжнародноправовий імунітет щодо діянь, які входять у зміст агресії, відповідаючи лише за супутні злочини (воєнні, проти людяності – у категоріях Римського статуту МКС). Відтак ст. 43-1 КК України відкрила можливість заподіювати шкоду аж до спричинення смерті вищому військово-політичному керівництву країни-агресора, а не її комбатантам та інших дотичним до них особам (служакам міфічних утворень «ДНР», «ЛНР», приватним військовим компаніям, колаборантам та ін.). Вочевидь, не це лежало в основі законодавчого задуму.

Виправити цю ситуацію можливо звернувши увагу на положення Порядку застосування зброї і бойової техніки з’єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України (затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 828), п. 2 якого оперує категорією «особи, причетні до збройної агресії». Під такими особами розуміється особовий склад регулярних з’єднань і підрозділів іноземних держав, підрозділів та спеціальних формувань, підпорядкованих іншим силовим відомствам іноземних держав, іррегулярних незаконних збройних формувань, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих іноземною державою, їх радники та інструктори, а також персонал окупаційної адміністрації іноземної держави (яку становлять її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та підконтрольні іноземній державі самопроголошені органи, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України). Аналогічне розуміння цього терміну викладене і в Порядку застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану (затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. № 488), що «розв’язує руки» найбільш широкому колу осіб, зокрема цивільних, задля активної та ефективної участі у відсічі збройної агресії.

Отже, найпростішим шляхом підвищення ефективності норми, передбаченої ст. 43-1 КК України, є внесення до неї змін, спрямованих на заміну категорії «особи, які здійснюють агресію» на «особи, які причетні до агресії», та запровадження нового виду причетності за кримінальним законодавством нашої країни.

Зокрема, це легітимізує партизанський рух на тимчасово окупованих територіях та їхні дії щодо «ліквідації» найбільш небезпечних колаборантів, які підпадатимуть під категорію «особи, причетні до агресії».

2. Убивства, поневолення, виселення, інші масові грубі порушення основоположних прав і свобод людей на тимчасово окупованих територіях також серед основних викликів війни.

І чи не єдиною відповіддю, з точки зору адаптивних змін кримінально-правової політики України, стала криміналізація колабораційної діяльності (ст. 111-1 КК України). Разом із тим очевидними є прогалини щодо:

1) належної, необхідної зміни ст. 438 КК України в напрямі деталізації, диференціації воєнних злочинів, узгодження їх ознак із тими, якими оперує Римський статут МКС, зважаючи на вже здійснювану юрисдикцію цього органу на ситуації по Україні і на зміст принципу компліментарності, а також запитів щодо координації, узгодження спільної діяльності міжнародних та національних слідчих у судових органів. І первинним у цьому аспекті є запит на узгодження термінологічне, юридико-концептуальне і техніко-юридичне.

Справедливості заради варто вказати на те, що в минулому році Верховна Рада Україна позитивно проголосувала за Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права (№ 2689) в аспекті воєнних злочинів.

Наголосимо, що цей проєкт було ухвалено, підписано головою Парламенту та спрямовано на підпис Президентові України ще 7 червня 2021 р. Однак він абсолютно дивовижним чином не був повернений (ветований), не опублікований, не чинний усупереч встановленому порядку набуття чинності законами України. Патова і цілком неправова ситуація, яка склалася у зв’язку із цим законопроєктом, суттєво ускладнює можливості підвищення ефективності протидії воєнним злочинам. Цей закон є вкрай необхідним;

2) щодо неврегульованості відносин із питань кримінально-правової заборони низки злочинів проти людяності (в термінології Римського статуту МКС). Серед іншого йдеться про депортації та інші злочини не як загальнокримінальні, а саме як ті, що порушують загальновизнані норми та принципи цивілізованих народів світу (jus cogens), тобто посягають на засади людяності, порушують принципи забезпечення етичного мінімуму людського співжиття. За даними Офісу Генерального прокурора, станом на липень 2022 р. розслідується близько 20 000 кримінальних проваджень щодо звинувачень у катуваннях, зґвалтуваннях, убивствах, страти, пов’язаних із війною, а також депортації цивільного населення – десятків тисяч українців, яких вивезли до Росії. Тому нагальною є спеціальна криміналізація відповідних діянь, що вчиняються в умовах воєнного чи збройного конфлікту, характеризуються масовістю, залученням адміністративного, державного чи квазідержавного ресурсу.

3. Убивства та руйнування цивільних об’єктів, не зумовлене воєнною необхідністю, що, на жаль, на сьогодні набуло характеру терору українського народу. І саме остання обставина є вельми проблематичною, адже правозастосовна практика від початку повномасштабного вторгнення РФ в Україну йде шляхом кваліфікації подібних дій (ракетні, артилерійські обстріли міст) винятково як воєнних злочинів (ст. 438 КК України). На це вказує і статистика, і зібрані нами експертні оцінки серед слідчих Служби безпеки України. Їх аргументом є те, що ці злочини вчиняються комбатантами, а отже, про жодний тероризм йтися не може. Позиція спірна, оскільки, вважаємо, ключовим розрізненням між терактами та воєнними злочинами є не стільки спеціальний суб’єкт, скільки цілі, які переслідуються винними. Питання більш ґрунтовного їх розмежування з урахуванням сучасної і вельми сумної практики нашої країни – справа окремих досліджень. Тут же наголосимо, що тероризм цілком може співіснувати з воєнними злочинами. Тому не або ст. 258, або ст. 438 КК України, а «і», «і». Це – питання зміни правозастосовної практики. Має йтися про конвергенцію антитерористичної та антивоєнної складових кримінально-правової політики.

ІІ. Опосередковані виклики, що постали у зв’язку з війною. Негативні соціально-демографічні, економічні, соціокультурні, психологічні зміни стану суспільного розвитку: міграція, істотне зростання неприродної смертності, передусім серед працездатних чоловіків, руйнація цілих галузей економіки, зниження економічної активності, безробіття, посттравматичні стресові розлади, високий рівень тривожності – далеко не повний перелік вторинних (від війни) викликів, які постали перед українським суспільством. Певна річ, відповідь на них – справа комплексна і далеко не тільки лежить у контурах кримінально-правової політики. З точки ж зору останньої, відбулося посилення кримінальної відповідальності за низку найбільш поширених загальнокримінальних корисливих правопорушень за критерієм їх учинення в умовах воєнного стану (ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 4 ст. 187 КК України). Не вдаючись до детального аналізу складів цих правопорушень та критеріїв дотримання підстав криміналізації, вкажемо лише на те, що у прагненні до виставлення кримінально-правових заслонів так званому цивільному мародерству законодавець досяг і необґрунтованого істотного зростання репресивності закону про кримінальну відповідальність. У судів, на наше переконання, і до цієї криміналізації було достатньо інструментів для врахування небезпечності вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного стану через ст. 65 КК України. Крім того, простежується непослідовність законодавця, адже ознака воєнного стану не була визнана кваліфікуючою для цілої низки інших корисливих кримінальних правопорушень: у сфері господарської діяльності, проти довкілля тощо.

Отже, вважаємо за доцільне вилучити з указаних субкваліфікованих складів крадіжки, грабежу, розбою ознаки їх учинення в умовах воєнного стану.

Ще однією відповіддю на виклик у сфері інформаційної безпеки та моральності (по суті), спроєктований на площину миру і безпеки людства, міжнародного правопорядку, стала криміналізація виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників (ст. 436-2 КК України)1. Аналіз цієї кримінально-правової норми і практики її застосування свідчить, на нашу думку, про наявність вад концептуального характеру стосовно порушення конституційного права громадян на свободу думки. Справа в тому, що чинна редакція ч. 1 ст. 436-2 КК України не містить як обов’язкової такої ознаки суспільно небезпечних дій, як публічність (виправдовування, визнання, заперечення). Тобто висловлення власної думки навіть у приватній бесіді (!), зокрема й у пасивній формі (згода із твердженням іншої особи, зокрема виражена у конклюдентних діях – кивок голови, піднятий до гори великий палець руки тощо), або інше пасивне долучення до чиєїсь позиції (виставлення «вподобайки» (той самий палець, але віртуальний) під чиїмось постом у соціальній мережі) вже визнається кримінально протиправним. Про це свідчать як наявні вироки, так і зібрані нами експертні оцінки серед слідчих Служби безпеки України. Визнання або заперечення є, вочевидь, висловлюванням, іншим виразом власної думки (принаймні за відсутності ознак публічності і мети пропаганди), а не суспільно небезпечним діянням. Переконані, що репресивні комуно-соціалістичні чи націонал-соціалістичні практики 30-х років минулого століття, переслідування інакодумства як такого – не те, чого потребує держава і суспільство, що бачать себе в родині цивілізованих народів Європи.

Підсумовуючи, зауважимо, що проблеми адаптивності кримінально-правової політики України до викликів воєнного часу мають комплексний характер. Викладені ремарки – спроба системного опису і пояснення основних з них. Однак навіть на рівні таких ремарок є очевидною потреба у формуванні концептуального, стратегічного підходу до забезпечення адекватних відповідей загрозам війни інструментами кримінально-правового регулювання, в тому числі і зокрема із залученням можливостей міжнародної кримінальної юстиції. Конче необхідною є ратифікація Україною Римського статуту МКС і Кампальських додатків до нього. Не менш значущим є вдосконалення внутрішнього законодавства і практики його застосування стосовно протидії колабораціонізму, пособництву державі-агресору, а також воєнним злочинам, злочинам агресії, злочинам проти людяності. Запропоновані в цій роботі шляхи такого вдосконалення варто розглядати не як доконані пропозиції, а як запрошення до наукової дискусії[[1]](#endnote-1).

1. Орлов Ю.В., Прібиткова Н.О. Війна та кримінально-правова політика України: виклики і відповіді. *Право і безпека*. 2022. № 2 (85). С. 40-49. [↑](#endnote-ref-1)