Верховний Суд

Вищий антикорупційний суд

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ
ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ІМЕНІ В.М. КОРЕЦЬКОГО

ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ ПІД ЧАС ВІЙНИ: ПРОБЛЕМИ РОЗГЛЯДУ КОРУПЦІЙНИХ ТА ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

(VI КИЇВСЬКИЙ ПОЛІЛОГ)

Рекомендовано до друку Вченою радою Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України 1 лютого 2024 року (протокол № 2)

Матеріали подано в авторській редакції. Відповідальність за їхню якість, відповідність академічній доброчесності, а також відсутність у них відомостей, що становлять державну таємницю та службову інформацію, несуть автори

Правосуддя в Україні під час війни: проблеми розгляду корупційних та воєнних злочинів [Текст]: матеріали VI Київського полілогу (м. Київ, 1 груд. 2023 р.) / упоряд. З. А. Загиней-Заболотенко. Київ, 2024. 154 с.

Видано за сприяння Програми підтримки ОБСЄ для України в межах проєкту «Підтримка Верховного Суду та вищих судів у реалізації судової реформи та забезпеченні доступу до правосуддя в умовах війни». Погляди, викладені у виданні, належать авторам матеріалу і не можуть вважатися такими, що виражають офіційну точку зору ОБСЄ.

Верховний Суд
Вищий антикорупційний суд
Інститут держави та права імені В. М. Корецького НАН України

ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ ПІД ЧАС ВІЙНИ: ПРОБЛЕМИ РОЗГЛЯДУ КОРУПЦІЙНИХ ТА ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

(VI КИЇВСЬКИЙ ПОЛІЛОГ)

Київ 2024

ЗМІСТ

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО
Спеціального представника головування ОБСЄ — Координатора проєктів ОБСЄ в Україні Посла Марцела Пешко 5

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО
Директора Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, доктора юридичних наук, професора Олександра Скрипнюка 8

РОЗДІЛ І. СВІТОГЛЯДНІ ЗАСАДИ ПРОТИДІЇ ВОЄННИМ ТА КОРУПЦІЙНИМ ЗЛОЧИНАМ В УМОВАХ ВІЙНИ

Антонюк Н. О.
ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ СПРАВЕДЛИВОСТІ. 12

Гацелюк В. О.
ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ КРИТЕРІЇВ ПРОФЕСІЙНОЇ ЕТИКИ ТА ДОБРОЧЕСНОСТІ У ПРОЦЕСАХ КВАЛІФІКАЦІЙНОГО ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ 16

Голуб Я. О.
СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ КРІЗЬ ПРИЗМУ ВІЙНИ 24

Кваша О. О.
ПРАВОСУДДЯ & СПРАВЕДЛИВІСТЬ: ІМПЕРАТИВ ПІД ЧАС ВІЙНИ. 28

Марчук О. П.
ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ ПІД ЧАС ВІЙНИ 32

Мовчан Р. О.
ВОЄННІ НОВЕЛИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПРАВОТВОРЧІ ТА ПРАВОЗАСТОСОВНІ ПРОБЛЕМИ. 37

Фріс П. Л.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ІДЕОЛОГІЯ ОСІБ, ЩО ВЧИНИЛИ ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ. 44

Черенега А. П.
ДОБРОЧЕСНІСТЬ В СУДОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ 50

РОЗДІЛ ІІ. ПРОТИДІЯ КОРУПЦІЙНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ В УМОВАХ ВІЙНИ

Горох О. П.
ВИКРИВАЧ VS ПРОВОКАТОР (СПРАВИ ПРО ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ). 55

Дем'як П. Ю.
ВИХІД ЗА МЕЖІ НАДАНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ПУБЛІЧНОЮ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ, ЩО СПРИЧИНИЛО ІСТОТНУ ШКОДУ: ПРОБЛЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ 61

Дубас В. М.
ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У РАЗІ ЗМІНИ СКЛАДУ СУДУ ТА ЇХ ПОДОЛАННЯ 65

Кравчук О. О.
НОВІ ГОРИЗОНТИ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ВИКРИВАЧА 69

Марін О. К.
ПОЛІТИЧНИЙ РІВЕНЬ ВИЯВЛЕННЯ ТЕНДЕНЦІЙ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ 73

Маслак Н. В.
ГІБРИДНА ПРИРОДА ЦИВІЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ ТА ЇЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВИМІР . . 79

Панаїд І. В.
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОЦІНКА НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ У ВЗАЄМОЗВ»ЯЗКУ ІЗ СУДОВОЮ ПРАКТИКОЮ У СПРАВАХ ПРО «ЦИВІЛЬНУ КОНФІСКАЦІЮ» ТА ПРО «САНКЦІЇ» 83

РОЗДІЛ ІІІ. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНЦІВ — МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ, РЕАЛІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Андрусяк Г. М.
ПРОБЛЕМИ КОМАНДНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДИРІВ ТА ОСІБ, ЯКІ ВИКОНАЛИ ЗЛОЧИННИЙ НАКАЗ ЗА СТАТТЕЮ 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ VS ВИКОНАННЯ НАКАЗУ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ КРИМІНАЛЬНУ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ 88

Берднік І. В.
КВАЛІФІКАЦІЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ЯКІ ПОСЯГАЮТЬ НА ДОВКІЛЛЯ, В УМОВАХ МІЖНАРОДНОГО ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ 94

Броневицька О. М.
ГЕНДЕРНО ЗУМОВЛЕНЕ ТА СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО В УМОВАХ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ (ПРИМУСОВИЙ ШЛЮБ: ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ) 99

Водянніков О. Ю.
ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ: «ЛІДЕРСЬКИЙ» ЕЛЕМЕНТ СТАТТІ 437 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ 104

Гловюк І. В.
ЛЮБЛЯНО-ГААЗЬКА КОНВЕНЦІЯ ДЛЯ ПОТЕРПІЛИХ ВІД МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ: НАПРЯМКИ РОЗВИТКУ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПРАКТИКИ 109

Жук І. В.
СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО ЯК РІЗНОВИД СЕРЙОЗНИХ ПОРУШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА 113

Загиней-Заболотенко З. А.
ДО ПРОБЛЕМИ ЯКОСТІ ВИРОКІВ, УХВАЛЕНИХ ЗА СТ. 438 «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ» КК УКРАЇНИ 117

Капліна О. В.
УСВІДОМЛЮЮЧИ СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ПРАВ ЛЮДИНИ 123

Кваша Р. С.
ВІЙНА, АГРЕСІЯ, НАСИЛЬСТВО: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ВИМІРИ 129

Мазур М. В.
КРИМІНАЛЬНІ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ ЗА ПРОЦЕДУРОЮ IN ABSENTIA: КЛЮЧОВІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ 133

Міськів Т. І.
ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ВЧИНЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ЗРАДИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: АКТУАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ. 138

Рябчинська О. П.
ІНШІ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ УКРАЇНИ, ЯК ЕЛЕМЕНТ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ. . . . 142

Фулей Т. І.
ПРАВО ТА ЕМОЦІЇ (У КОНТЕКСТІ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ) 147

Шевчук А. В.
ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ (СТАТТЯ 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ), ВЧИНЕНЕ ПОВТОРНО: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ . . . 151

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО СПЕЦІАЛЬНОГО ПРЕДСТАВНИКА ГОЛОВУВАННЯ ОБСЄ – КООРДИНАТОРА ПРОЄКТІВ ОБСЄ В УКРАЇНІ ПОСЛА МАРЦЕЛА ПЕШКО

Пане Голово Верховного Суду,
Пані Голово Вищого антикорупційного суду України,
Пане Директоре Інституту держави і права ім. В.М. Корецького НАН України,
Шановні учасники VI Київського полілогу,
Пані та панове!

Щиро вітаю вас на VI Київському полілозі. Гадаю, що після минулорічної перерви, спричиненої неспровокованою військовою агресією, всі присутні тут радіють відновленню роботи цього дуже важливого та змістовного форуму.

Я вважаю, що тема сьогоднішнього форуму має вирішальне значення для української судової системи та стійкості української демократії. Радію, що ОБСЄ відіграє важливу роль, надаючи допомогу та експертизу щодо обох аспектів цієї теми - судочинства у справах, пов'язаних з корупцією, та у справах, пов'язаних з війною. Обидва ці аспекти стали великим викликом для української державної влади, особливо для судової системи. З огляду на це, для вирішення цих питань і підтримки розбудови спроможності Верховного Суду та вищих судів долати ці виклики був спеціально розроблений відповідний проєкт Програми підтримки ОБСЄ для України.

Корупція

Боротьба з корупцією посідає важливе місце в порядку денному ОБСЄ, оскільки вона тісно пов'язана з ефективним функціонуванням демократичних інституцій та здатністю країн і суспільств протистояти внутрішнім і зовнішнім загрозам безпеці. Держави-учасниці ОБСЄ визнали, що «*корупція є однією з головних перешкод для процвітання і сталого розвитку (держав-учасниць), що підриває їхню стабільність і безпеку та загрожує спільним цінностям ОБСЄ*» (Рішення Ради міністрів № 11/04).

В умовах агресивної війни проти України корупція стає ще більш небезпечним явищем, створюючи загрози всередині країни в багатьох аспектах. Вона призводить до послаблення довіри до демократичних інституцій та процесів, суттєво гальмує економічний прогрес та ставить під загрозу ключові безпекові інтереси країни. В умовах зростаючого суспільного запиту на викорінення корупції життєво важливо, щоб переслідування корупції перестало роз-

глядатися як необов'язковий елемент, а стало невід'ємною рисою ефективної системи правосуддя та прокуратури.

ОБСЄ надає підтримку антикорупційній реформі в Україні з 2010 року, в тому числі шляхом допомоги у створенні Вищого антикорупційного суду України (ВАКС), роль якого полягає у здійсненні правосуддя у резонансних корупційних справах. Згідно з останніми дослідженнями та оцінками, в тому числі Європейської Комісії, ВАКС постійно підвищує свою загальну операційну ефективність та результативність з моменту створення. Раніше прогрес антикорупційної інфраструктури в Україні в цілому був позитивно оцінений Transparency International. Все це свідчить про те, що Україна перебуває на правильному шляху і рухається вперед у боротьбі з корупцією, сповідуючи політику нульової толерантності до корупції. Але для досягнення поставлених цілей потрібно зробити ще дуже багато.

Дозвольте мені підкреслити, що ОБСЄ готова і надалі підтримувати Україну в цій важливій сфері. Організація володіє корисними інструментами та практиками і готова навіть збільшити свою допомогу у розробці та впровадженні ефективних антикорупційних політик і заходів, зміцненні потенціалу та експертизи відповідних інституцій, а також сприяти підвищенню обізнаності громадськості з цього питання.

Війна

Через неспровоковану військову агресію з'явилася безпрецедентна кількість людей, які постраждали і вимагають справедливості. Це, безумовно, створює велике навантаження на національні суди, які мають розглядати нові види кримінальних справ, пов'язаних з війною. Притягнення винних у воєнних злочинах до відповідальності є не лише правильною відповіддю на очікування населення, але й логічним та неминучим кроком для країни на шляху до відновлення.

Здійснення правосуддя - це, перш за все, сильні та авторитетні інституції, які функціонують безперервно та ефективно. Ефективна та незалежна судова система має першорядне значення і є основою для функціонування демократії та суспільства. Тому, коли я бачу, що українська судова система продемонструвала свою стійкість і здатність продовжувати працювати і досягати результатів у розпал найбільшої війни в Європі за останні 70 років, я сповнений оптимізму і пишаюся тим, що ОБСЄ хоча б у невеликій мірі змогла зробити свій внесок у це вагоме досягнення.

Будьте певні, що Україна не самотня перед цими безпрецедентними викликами. Серед багатьох ваших прихильників ОБСЄ продовжуватиме підтримувати зусилля, спрямовані на підвищення ефективності судового реагування на злочини, пов'язані з війною, та сприяти утвердженню верховенства права

шляхом посилення інституційної спроможності національних судів. Ми продовжуватимемо підтримувати дискусії між правниками та зусилля, спрямовані на підвищення обізнаності щодо адаптації кримінального правосуддя України до потреб воєнного часу та інших викликів.

Сьогоднішній полілог є дуже хорошою платформою для просування діалогу та пошуку спільних відповідей на ці складні питання. Лише за умови високого рівня співпраці між різними органами влади, відомствами та зацікавленими сторонами система може створити достатній потенціал та інструменти для ефективного подолання величезних викликів корупції та воєнних злочинів, забезпечуючи тим самим верховенство права та здійснення правосуддя. У цьому контексті дуже важливо, що серед учасників сьогоднішнього заходу є не лише судді, а й представники наукових кіл та громадянського суспільства, які можуть зробити значний внесок у пошук спільних рішень.

Бажаю всім вам плідних та змістовних дискусій і сподіваюся, що цьогорічний Полілог принесе нові ідеї та інсайти, які допоможуть нам наблизитися до пошуку ефективних відповідей на виклики, з якими сьогодні доводиться стикатися українській системі правосуддя.

Дякую!

СКРИПНЮК О.В.,
директор Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України,
віцепрезидент Національної академії правових наук України,
академік НАПрН України

ВІТАЛЬНЕ СЛОВО (АБО АКАДЕМІЧНА ЮРИДИЧНА НАУКА І ПРАВОСУДДЯ УКРАЇНИ В УМОВАХ ВІЙНИ: ПРОБЛЕМИ ПРОТИДІЇ ВОЄННИМ ТА КОРУПЦІЙНИМ ЗЛОЧИНАМ)

Шановні пані та панове! Пане Спеціальний представник головування – координатор проектів ОБСЄ в Україні, посол; пане Голово Верховного Суду; пані Голово Вищого антикорупційного суду України. Шановні учасники VI Київського полілогу!

Від себе особисто та від колективів Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, від керівництва Національної академії правових наук України щиро вітаю вас на національному науковому форумі співорганізатором якого виступають провідні академічні наукові інституції України.

Цей полілог проходить в незвичній обстановці з перервою в часі після останнього. Широкомасштабна агресія росії внесла зміни в мирне життя не тільки українців, але й всього демократичного світу. Тому й на визначення теми нашого полілогу впливає війна, і, зокрема, це стосується обговорення питань воєнних та корупційних злочинів та їх розгляду органами правосуддя. Зазначені проблеми сьогодні стали викликом для державної влади та судової системи і вирішення цих проблем стане перевіркою на зрілість демократії в країні. Наскільки з позитивним вирішенням цих проблем справиться держава та її влада залежить майбутній цивілізаційний поступ України.

Агресія росії з усіма її наслідками в економічній, соціальній, гуманітарній сферах, злочини проти людяності вимагають покарання їх винуватців. Величезна кількість постраждалих від війни громадян України вимагає справедливості та притягнення винних у воєнних злочинах до відповідальності. А отже свою роль у вирішенні цих проблем мають відіграти суди, які покликані забезпечити розгляд нових видів кримінальних справ, пов'язаних з війною. Ефективне виконання запитів суспільства в умовах нових викликів може забезпечити незалежна судова система із сильними і авторитетними інституціями, спроможними результативно діяти в умовах війни.

Сьогодні на шляху до реалізації права людини на справедливе судочинство виникає ряд питань, які потребують вирішення: забезпечення незалежності суду; активніше використання інструментів правосуддя суб'єктами, уповноваженими на здійснення контролю за станом забезпечення прав і свобод людини; підви-

щення рівня професійності і правової культури суддівського корпусу, зокрема шляхом вдосконалення методології підготовки суддів і підбору суддівських кадрів; реалізація у чинному законодавстві принципу правової визначеності через розробку дієвого механізму принципу правової визначеності у нормотворчому процесі; ефективне використання результатів юридичної науки у забезпеченні судочинства, в тому числі в реалізації принципу справедливості в судочинстві.

За цих складних умов, створених війною, Україна потребує і сподівається на підтримку і допомогу європейських демократичних колективних інституцій, зокрема ОБСЄ.

Важливе місце у порядку денному діяльності нашої держави посідає боротьба з корупцією. Адже недарма демократичним міжнародним співтовариством корупція визначається як одна з головних перешкод для процвітання і сталого розвитку, а в умовах війни вона несе загрозу для демократичних інститутів, економічного поступу та національної безпеки країни. За цих умов боротьба з корупцією стає невід'ємною рисою ефективної системи правосуддя. Разом з тим маємо ситуацію, за якої рівень корупції в країні не знижується, державні органи займають позицію толерантного ставлення до неї, а суди виправдовують корупціонерів. Ефективна протидія корупції потребує адекватної державної політики, підкріпленої відповідною тактикою. Успішна антикорупційна політика неможлива без її наукового юридичного забезпечення.

У зв'язку з викладеними вище проблемами постає завдання, насамперед перед юридичною наукою, щодо вироблення нею ефективних пропозицій і рекомендацій з метою досягнення справедливого правосуддя та справедливого покарання за вчинення воєнних та корупційних злочинів. Це покладає відповідні завдання на наукові інституції держави.

Інститут права імені В.М. Корецького НАН України та Національна академія правових наук України з початком повномасштабного вторгнення росії в Україну переглянули свою діяльність та скоригували свої науково-дослідні проєкти відповідно до викликів та вимог воєнного часу. Всі теми (які виконуються) уточнені, а нові (які відкриваються) затверджуються тільки після їх узгодження з Міністерством оборони України.

Перед наукою, судовою системою в умовах війни постає ще багато проблем, які необхідно вирішувати як теоретично так і практично.

Наш форум є дуже гарною площадкою для пошуку ефективних відповідей на складні питання, які висуває життя. Плідна співпраця інтелектуальної частини суспільства, органів державної влади та інститутів громадянського суспільства сприятиме ефективному подоланню викликів часу щодо воєнних злочинів та корупції через здійснення правосуддя.

Бажаю всім учасникам полілогу змістовних дискусій та плідних результатів в досягненні тієї мети, яка задекларована в програмі полілогу. Впевнений, що відповіді на існуючі виклики, що постали і постають в системі правосуддя України в умовах війни, будуть ефективними завдяки спільним нашим зусиллям.

Дякую!

РОЗДІЛ І. СВІТОГЛЯДНІ ЗАСАДИ ПРОТИДІЇ ВОЄННИМ ТА КОРУПЦІЙНИМ ЗЛОЧИНАМ В УМОВАХ ВІЙНИ

Антонюк Н. О.,
кандидат юридичних наук, доцент,
заступник голови Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду,
Верховний Суд, м. Київ

ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ПРИНЦИПУ СПРАВЕДЛИВОСТІ

Важливість і необхідність диференціації кримінальної відповідальності складно переоцінити. Адже навіть з назви цього правового явища випливає, що об'єктом диференціації є кримінальна відповідальність, яка є базовою категорією кримінального права. Диференціація кримінальної відповідальності покликана, насамперед, продемонструвати підхід законодавця до врахування різних ознак, що впливають на суспільну небезпечність відмінних кримінально-протиправних проявів.

Вчення про диференціацію кримінальної відповідальності повинно полягати в з'ясуванні її правової природи, визначенні місця серед базових категорій кримінального права, в тому числі й серед принципів цієї галузі. При цьому суть диференціації необхідно висновувати із врахуванням базових положень природного права, врахуванням того фактору, що лише справедливий закон може бути сприйнятим суспільством як такий. І в цей же момент слід пам'ятати, що справедливість для кожного індивіда визначається через його суб'єктивне сприйняття, і таке сприйняття у різних груп людей, у різних частин суспільства неоднакове.

Тягар забезпечення справедливого балансу між вчиненим і реакцією держави кримінально-правовими заходами лягає не лише на суд, а й на законодавця. Адже суд індивідуалізує вже диференційовану законодавцем кримінальну відповідальність. Первинно саме законодавець шляхом встановлення різної відповідальності залежно від стадії вчинення злочину, наявності співучасті, кваліфікуючих чи привілеюючих ознак тощо закладає підвалини для забезпечення принципу справедливості. У кримінально-правовій літературі принцип справедливості називають універсальним засадничим положенням кримінального права [1, с. 58].

Повна справедливість є недосяжним ідеалом, оскільки завжди можна оспорити сам критерій визначення справедливого і несправедливого. Розуміння справедливості залежить не лише від усвідомлення того, що є правильним, а що ні. Можна усвідомлювати, що є справедливим, але не мати бажання досягнути цієї справедливості. Варто пам'ятати, що оцінка справедливості завжди проводиться людиною, яка має свої суб'єктивні погляди на низку су-

путніх речей із тим явищем, справедливість якого оцінюється.

Однак справедливість не може бути відірваною від законів соціальної природи, саме вони повинні лежати в її основі. З цього приводу О. М. Костенко пише, що справедливість – це відповідність соціального акту законам соціальної природи: справедливим є все те у вчинках людей, що узгоджується із законами соціальної природи, а несправедливістю є те, що протиприродне [2, с. 124].

Ю. В. Баулін, аналізуючи принцип справедливості через призму рішень Конституційного Суду України, влучно стверджує, що передбачений законом склад злочину та рамки покарання повинні відповідати одне одному, а саме покарання має перебувати у справедливому співвідношенні із тяжкістю та обставинами скоєного і особою винного [3, с. 24].

Видається, що про справедливість можна дискутувати лише після виваженої, раціональної, такої, що відповідає інтересам суспільства, криміналізації/декриміналізації, паралельного визначення градації, варіативної оцінки кримінальної відповідальності за вчинене та наступної індивідуалізації такої відповідальності.

Неможливо досягнути справедливості на етапі індивідуалізації кримінальної відповідальності, якщо на етапах криміналізації та диференціації було порушено принцип справедливості. Не можна забувати того, що передумовою для максимальної індивідуалізації є проведення криміналізації та диференціації. Якщо суспільно небезпечне діяння не визнано злочином, то й до суду справа не дійде, і можливість досягнення справедливості буде втрачена одразу. Аналогічно, якщо діяння визначене законодавцем як злочинне, однак, для прикладу, має надто низькі санкції, то суд не зможе призначити винному необхідне покарання, вийшовши за верхню межу, що теж буде сприйняте суспільством як несправедливе. Тож, у руках законодавця ключ для досягнення справедливості. Саме він повинен уміло провести криміналізацію або декриміналізацію, закласти у кримінальному законі шляхом проведення диференціації кримінальної відповідальності такі вихідні дані, які дозволять суду з урахуванням конкретних особливостей кримінального провадження, що розглядається, індивідуалізувати кримінальну відповідальність.

Тож, алгоритм дій простий. Спершу необхідно законодавчо передбачити коло кримінально протиправних посягань та межі для подальшої індивідуалізації. Якщо коло посягань та межі застосування санкції не будуть відповідати засадам справедливості, то про можливість досягнення справедливості на етапі застосування такого закону судом говорити марно. Такий закон буде як машина без коліс: ніби існує, однак своєї функції не виконує. Цією машиною

не зможе керувати навіть найкращий водій. Так само й суд не зможе досягнути справедливості, якщо законодавець її порушить на етапі криміналізації/декриміналізації та диференціації. Фактично досягнення справедливості можливе лише у разі успішного тандему законодавця та суду, де саме законодавець відіграє ключову роль.

Якщо помилку допустив законодавець, то вона набуває широченних масштабів. Адже всі правозастосувачі, в тому числі й суд, будуть обмежені тим, що написав законодавець. Якщо ж законодавець свою функцію у частині досягнення принципу справедливості виконав належно, то помилку суду, який з'являється на етапі індивідуалізації кримінальної відповідальності, легше виправити. Для цього є механізми апеляційного та касаційного переглядів.

Справедливим є той закон, який ухвалено з урахуванням кримінологічних критеріїв для криміналізації, який буде сприйнятий суспільством як своєчасний і домірний. Однак якщо критерії криміналізації не враховано законодавцем, а суспільство має сумніви щодо справедливості закону, то навряд чи такий закон можна визнати справедливим.

Для прикладу, суспільством неоднозначно сприймається проведена законодавцем диференціація кримінальної відповідальності за крадіжку, вчинену в умовах воєнного стану (ч. 4 ст. 185 КК). Звучать аргументи про те, що санкція цієї частини статті є надмірно високою. Навіть робилася спроба шляхом судового тлумачення звузити зміст вказаної кваліфікуючої ознаки [4]. Проте необхідно констатувати, що диференціація – це сфера компетенції законодавця. Якщо суд почне своїми рішеннями змінювати зміст кримінального закону, щоб той став більш пропорційним, то фактично це призведе до перебирання судом на себе повноважень законодавця. Лише парламентарі повинні або конкретизувати зміст кваліфікуючої ознаки, або скоригувати межі санкції і тим самим забезпечити справедливість між вчиненим діянням та кримінально правовими засобами.

Принцип справедливості в кримінальному праві повинен враховувати те, що, по-перше, реакція держави кримінально-правовими заходами повинна бути справедливою до особи, яка вчинила посягання; по-друге, вона повинна враховувати інтереси потерпілого; по-третє, вона повинна враховувати інтереси суспільства. Баланс між цими трьома групами інтересів і буде проявом принципу справедливості.

Пошук балансу між інтересами названих груп є спершу завданням законодавця, який на абстрактному рівні без прив'язки до конкретно вчиненого кримінального правопорушення, особи винного та потерпілого визначить, яким має бути баланс між вчиненим і реакцією держави. Згодом суд застосує

визначені законодавцем межі і конкретизує співвідношення між вчиненим і відповідальністю за це у цьому конкретному випадку. Фактично шляхом диференціації кримінальної відповідальності законодавець передбачає межі для судового угляду, встановлює своєрідний фільтр, який відсікатиме явно несправедливі судові рішення.

Таким чином принцип справедливості беззаперечно є базовим для кримінального права і його зміст полягає, в тому числі, й у належному диференціюванні кримінальної відповідальності, забезпеченні пропорційного співвідношення між вчиненим кримінально карани діянням, особою, яка його вчинила та потенційною кримінально правовою репресією.

Саме диференціація кримінальної відповідальності є конститутивною складовою принципу справедливості. На її досягнення й спрямована вся діяльність законодавця як суб'єкта, який здійснює диференціацію.

Тож у підсумку є підстави констатувати, що диференціація кримінальної відповідальності здійснюється з метою забезпечення принципу справедливості та відображає уявлення держави про пропорційність її реакції кримінально-правовими засобами на вчинене кримінальне правопорушення.

Список використаних джерел:

1. Українське кримінальне право. Загальна частина: підручн ./ за ред. В. О. Навроцького. Київ: Юрінком Інтер, 2013. 712 с.
2. Костенко О. М. «Нові очі» для нового часу (про соціальний натуралізм). Луцьк: Терен, 2022. 128 с.
3. Баулін Ю. В. Принцип справедливості кримінального закону у практиці Конституційного Суду України. *Право України*. 2017. № 2. С. 23–27.
4. Ухвала Касаційного кримінального суду від 28.03.2023 у справі № 722/594/22. URL http://surl.li/phqyq. Окрема думка http://surl.li/phqyx

Гацелюк В. О.,
кандидат юридичних наук, старший дослідник,
член Вищої кваліфікаційної комісії суддів,
старший науковий співробітник відділу
проблем кримінального права, кримінології на судоустрою
Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
м. Київ

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ВСТАНОВЛЕННЯ ЗМІСТУ КРИТЕРІЇВ ПРОФЕСІЙНОЇ ЕТИКИ ТА ДОБРОЧЕСНОСТІ У ПРОЦЕСАХ КВАЛІФІКАЦІЙНОГО ОЦІНЮВАННЯ СУДДІВ

Згідно з підпунктом 4 п. 16[1] розд. XV «Перехідні положення» Конституції України [1] відповідність займаній посаді судді, якого призначено на посаду строком на п'ять років або обрано суддею безстроково до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», має бути оцінена в порядку, визначеному законом. Виявлення за результатами такого оцінювання невідповідності судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності чи відмова судді від такого оцінювання є підставою для звільнення судді з посади.

Пунктом 20 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» [2] (далі – Закон) передбачено, що відповідність займаній посаді судді, якого призначено на посаду строком на п'ять років або обрано суддею безстроково до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», оцінюється колегіями ВККС в порядку, визначеному цим Законом, за правилами, які діяли до дня набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедур суддівської кар'єри», та з урахуванням особливостей, передбачених цим розділом.

За результатами такого оцінювання колегія ВККС, а у випадках, передбачених цим Законом, - пленарний склад Комісії, ухвалює рішення про відповідність або невідповідність судді займаній посаді. Таке рішення ухвалюється за правилами, передбаченими цим Законом для ухвалення рішення про підтвердження або про непідтвердження здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді.

Згідно з частиною першою статті 88 Закону ВККС ухвалює мотивоване рішення про підтвердження або непідтвердження здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді.

Якщо Громадська рада доброчесності у своєму висновку встановила, що суддя (кандидат на посаду судді) не відповідає критеріям професійної етики та доброчесності, то Вища кваліфікаційна комісія суддів України може ухвалити рішення про підтвердження здатності такого судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді лише у разі, якщо таке рішення підтримане не менше ніж одинадцятьма її членами.

Відповідно до абзацу шостого п. 13 розд. III «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про Вищу раду правосуддя» [3] за результатами кваліфікаційного оцінювання суддя, призначений на посаду строком на п'ять років до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», повноваження якого припинилися із закінченням строку, на який його було призначено, може бути призначений на посаду за поданням ВРП за умови підтвердження відповідності цій посаді згідно з підпунктами 2, 4 п. 16^1 розд. XV «Перехідні положення» Конституції України.

Таким чином, наведений вище пункт дає підстави для визначення оцінювання судді на відповідність займаній посаді як кваліфікаційного. Крім того, локальний нормативно-правовий акт ВККС, а саме Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення (далі – Положення), визначає, що кваліфікаційне оцінювання – це встановлена законом та цим Положенням процедура визначення ВККС здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді (далі – КО на здатність) або оцінювання відповідності судді займаній посаді (далі – КО на відповідність) за визначеними законом критеріями.

Разом з тим, надаючи ВККС повноваження застосовувати інструментарій Положення та норм розд. V Закону до КО на відповідність, ці нормативні положення не дають підстав для висновку про повну тотожність КО на здатність та КО на відповідність.

На нашу думку, кваліфікаційне оцінювання здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді (далі – КО на здатність) та оцінювання відповідності судді займаній посаді (далі – КО на відповідність) – не є тотожними процедурами.

Перша - КО на здатність – здійснюється з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді за визначеними законом критеріями. Це стандартна процедура в рамках суддівської кар'єри, що дає підстави для переходу судді з нижчої до вищої інстанції або зміни спеціалізації.

КО на відповідність – особлива процедура, встановлена Конституцією України (підпункт 4 п. 16^1 розд XV «Перехідні положення»). Вона стосуєть-

ся всіх суддів, які на момент набрання чинності конституційними змінами 2016 р. були призначені на посаду строком на п'ять років або обрані суддею безстроково. Тобто всі особи, що на той момент були суддями, несуть конституційний обов'язок проходження КО на відповідність.

Вочевидь, ці процедури різняться. І основними відмінностями є:

1. темпоральний характер (КО на відповідність є одноразовою *ad hoc* процедурою, в той час як КО на здатність є повторюваним процесом із можливістю проходження суддею необмежену кількість разів).
2. мета (КО на здатність має на меті визначення найкращих кандидатів на посади суддів апеляційних судів, вищих спеціалізованих судів та ВС, в той час як мета КО на відповідність полягає у визначенні відповідності осіб, які вже володіють статусом судді, на відповідність суддівській посаді).
3. наслідки для судді (негативним наслідком КО на відповідність є звільнення судді з посади, в той час як у випадку із КО на здатність це максимум програш у конкурсі).

Як видається, Велика Палата ВС у рішенні від 16.06.2022 у справі №9901/57/19 [4] встановила стандарт оцінки відповідності судді за процедурою КО на відповідність: «Мета, процедура та правові наслідки кваліфікаційного оцінювання суддів чітко визначені та врегульовані Конституцією України, законами № 1402-VIII та № 1798-VIII. Положення цих законів, що регулюють спірні правовідносини, є зрозумілими, точними і передбачуваними. Цим законодавством, зокрема, передбачена можливість звільнення судді в тому випадку, коли **об'єктивні результати його оцінювання прямо підтверджують нездатність чи небажання судді виконувати свої обов`язки на мінімально прийнятному рівні»**.

З цього випливає те, що звільнення судді з посади за результатами КО на відповідність можливе за таких умов: 1) результати оцінювання мають відповідати критерію **об'єктивності;** 2) ці результати мають **прямо** підтверджувати нездатність або небажання судді виконувати свої обов'язки; 3) межа допустимості поведінки судді як такого, що відповідає займаній посаді, визначена як «**мінімально прийнятний рівень**». Назвемо ці положення «трискладовим кваліфікаційним тестом».

Є і інше рішення ВС - у справі, що стосувалася конкурсу на посаду судді ВС (рішення ВС від 22.03.2018 у справі № 800/219/17 [5]), тобто тут встановлено стандарт, який є доречним і обов'язковим у випадку іншої процедури, що має іншу мету (КО на здатність).

Зокрема, Велика Палата ВС зазначила: «Ефективність правосуддя залежить насамперед від особистих чеснот судді. Ці основоположні принципи впроваджені в національну систему правил і норм, що формують моральний

аспект поведінки суддів та викладені, зокрема, у Кодексі суддівської етики.

Відповідно до Кодексу, суддя повинен бути прикладом неухильного додержання вимог закону і принципу верховенства права, присяги судді, а також дотримання високих стандартів поведінки з метою зміцнення довіри громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду.

Суддя має докладати всіх зусиль для того щоб на думку розсудливої, законослухняної та поінформованої людини, його поведінка була бездоганною.

За загальними правила Кодексу судді зобов'язані демонструвати і ропагувати високі стандарти поведінки, у зв'язку з чим беруть на себе більш істотні обмеження, пов'язані з дотриманням етичних норм як у поведінці під час здійснення правосуддя, так і в позасудовій поведінці.

Зазначене дає змогу сформулювати визначення доброчесності як морально-етичного фундаменту діяльності судді, котрий визначає межі та спосіб поведінки, що має ґрунтуватися на принципах добрих відносин з особами, суспільством і державою, а також чесності способі життя, виконання професійних обов'язків та розпорядженні матеріальними ресурсами».

Це, безумовно, так. Проте, не менш очевидно і те, що далеко не кожна невідповідність поведінки судді цим вимогам може мати наслідком його звільнення (як єдино можливий негативний результат проходження КО на відповідність). Саме тому застосування принципів КО на здатність до КО на відповідність межує із доволі свавільною інтерпретацією волі законодавця.

Зауважимо, що у справі «Овчаренко та Колос проти України» [6] ЄСПЛ доволі розлого проаналізував, зокрема, принципи відповідальності суддів в контексті гарантій їх незалежності[1].

1 Зокрема, Основні принципи незалежності судових органів були схвалені сьомим Конгресом ООН з профілактики злочинності і поводження з правопорушниками, який проходив у м. Мілані в 1985 р. Вони були схвалені Резолюціями Генеральної Асамблеї ООН № 40/32 від 29.11.19815 та № 40/146 від 13.12.1985. У відповідних частинах зазначено:
«...18. Судді можуть бути тимчасово відсторонені від посади або звільнені тільки з причин їхньої нездатності виконувати свої обов'язки чи поведінки, яка не відповідає займаній ними посаді».
У своєму Загальному коментарі № 32 щодо статті 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (Право на рівність у судах і трибуналах та на справедливий суд), опублікованому 23.08.2007, Комітет ООН з рав людини зазначив (посилання опущено):
«20. Судді можуть бути звільнені лише за наявності серйозних доказів їхньої неналежної поведінки або некомпетентності згідно зі справедливими процедурами, які забезпечують об'єктивність і неупередженість, та встановлені конституцією або законом. Звільнення суддів органами виконавчої влади, наприклад, до закінчення терміну їхнього призначення без повідомлення їм конкретних підстав і без доступу до ефективного судового захисту для оскарження звільнення є несумісним з принципом незалежності судових органів. Те саме стосується, наприклад, звільнення суддів, які підозрюються у хабарництві, виконавчим органом влади без дотримання процедури, встановленої законом.»
У 2006 р. Економічна і соціальна рада ООН (далі - ЕКОСОР) прийняла Резолюцію № 2006/23 «Зміцнення основних принципів поведінки суддів», якою ухвалила Бангалорські принципи, розроблені

В цьому контексті варто звернути увагу на Спільні індикатори для визначення невідповідності критеріям доброчесності та професійної етики [7] щодо яких дійшли згоди Комісія та Громадська рада доброчесності 09.11.2023. Серед принципів застосування цих індикаторів зазначено наступне: «Суддя не відповідає критеріям професійної етики та доброчесності у разі наявності обґрунтованого сумніву щодо його відповідності хоча б одному індикатору. Наявність обґрунтованого сумніву встановлюється ВККС на підставі чітких та переконливих доказів. Чіткими та переконливими є докази, які з точки зору звичайної розсудливої людини у своїй сукупності дають змогу дійти висновку про наявність або відсутність обставин, що породжують обґрунтований сумнів».

Зауважимо, що в даному випадку визначено, що наявність обґрунтованого сумніву, по-перше, встановлюється саме ВККС, а, по-друге, його оцінка відбувається на підставі чітких та переконливих доказів. З цього випливає зрозуміла концепція, яка, на наш погляд, виважено підходить до визначення

групою головних суддів і суддів вищих судів у всьому світі (Група з питань зміцнення чесності та непідкупності судових органів) для встановлення стандартів етичної поведінки суддів. «Заходи з ефективного впровадження Бангалорських принципів поведінки суддів (далі - заходи з впровадження)», прийняті у 2010 р. Групою з питань зміцнення чесності і непідкупності судових органів, містять такі частини щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності та звільнення суддів з посади: «Притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів

15.1 Дисциплінарне провадження щодо судді може бути розпочато лише у випадку серйозного проступку. Наскільки це можливо в конкретних умовах, застосовний до суддів закон може визначати поведінку, яка може призвести до притягнення до дисциплінарної відповідальності, а також процедури, яких слід дотримуватися.

...

15.5 Усі дисциплінарні провадження повинні розглядатися з огляду на встановлені стандарти поведінки суддів і згідно з процедурою, яка гарантує повне право на захист.

Звільнення суддів з посади

16.1 Суддя може бути звільнений з посади лише у випадку доведеної недієздатності, визнання винним у вчиненні тяжкого злочину, грубої некомпетентності або поведінки, яка явно суперечить незалежності, неупередженості та доброчесності судових органів».

Насамкінець, ЄСПЛ, провівши порівняльно-правове дослідження, зазначив:

«У низці країн допускаються винятки із загального принципу звільнення від відповідальності на практиці, у тому числі шляхом тлумачення та застосування положень щодо належного виконання обов'язків і неправомірної поведінки. В одній країні було встановлено, що репутація та гідність судової влади були підірвані рішенням судді, яке містило дискримінаційні та ірраціональні твердження, що суперечили основоположним положенням Конституції та відповідного законодавства. Крім того, у деяких країнах дисциплінарне стягнення може накладатися у виняткових випадках, коли порушення закону є явним, серйозним і виникло внаслідок умисного ігнорування його суддею; судді можуть бути притягнуті до відповідальності за грубе та систематичне перевищення своїх повноважень; судді можуть бути притягнуті до відповідальності за порушення службових обов'язків, якщо вони діють умисно з метою заподіяння шкоди або у випадках явного неправильного застосування закону; недотримання принципів неупередженості, належності, компетентності та ретельності може становити «відступ від загальновизнаних стандартів поведінки судді»; суддя може бути покараний за дискредитацію імені судді, якщо дії судді свідчать про відсутність у нього належної кваліфікації чи ретельності; «доведена неналежна поведінка» може включати використання неналежних формулювань у рішенні суду або наполегливу відмову дотримуватися практики; покарання за рішення, які були ухвалені за відсутності для цього законних підстав».

принципів доведення невідповідності судді займаній посаді і має бути використана замість підходу до визначення змісту обґрунтованого сумніву, який базується на рішенні Велика Палата ВС у справі № 800/219/17 (щодо кваліфікаційного оцінювання в межах конкурсу до ВС).

Такий підхід (на підставі «трискладового кваліфікаційного тесту») відповідає як підходам Великої Палати ВС, так і міжнародним стандартам, включаючи наведену вище практику ЄСПЛ (У Справі «Овчаренко та Колос проти України»).

Визначившись із змістом межі не/доброчесності, маємо з'ясувати хто саме повинен довести подолання суддею цієї межі.

Рішення Великої Палати ВС у справі № 9901/124/19 [8] містить таку тезу: …«ВККС у межах здійснення процедури оцінювання кандидата на посаду судді не здійснює повноважень антикорупційного чи правоохоронного органу, не вдається до перевірки висновків таких органів, однак надає їм оцінку в контексті здійснення своєї функції перевірки кандидата вимогам і стандартам професійної етики та доброчесності в сукупності з іншою інформацією, наявною у суддівському досьє, та з поясненнями кандидата на посаду судді з приводу такої інформації.

Вчиняючи такі дії, ВККС має на меті виключити наявність будь-яких сумнівних фактів щодо походження майна, його добросовісного декларування або публічної поведінки кандидата не лише з точки зору вимог законодавства, але й з метою зміцнення переконання суспільства у чесності, незалежності, неупередженості та справедливості суддівського корпусу та з огляду на необхідність того, щоб на думку розсудливої, законослухняної та проінформованої людини поведінка та репутація судді були бездоганними».

Це стосується конкурсу і оцінювання судді як кандидата до ВС, а не оцінювання судді на відповідність займаній посаді. Чому це важливо? Тому що Велика Палата ВС встановила стандарти, які не можуть стосуватися КО на відповідність: «З огляду на суть процедури проведення конкурсу, обмеженість у часі на його проведення, ця процедура не передбачає глибокого розслідування тих чи інших сумнівів, оскільки якщо особа не перемогла у конкурсі, це не має для неї суттєвих наслідків у кар'єрі. Отже, комісія має не визнавати переможцем у конкурсі осіб, щодо яких в рамках конкурсних процедур, зокрема і з огляду на їх певну спрямованість, не вдалося достатньо дослідити і спростувати наявні сумніви».

По-друге, Велика Палата ВС в цьому рішенні, вказувала на наступне - цей обов'язок виникає «у межах процедури кваліфікаційного оцінювання», тобто це є універсальний обов'язок Комісії як суб'єкта оцінювання.

По-третє, Закон не покладає на суддю обов'язку іншого, окрім як особисто взяти у участь в кваліфікаційному оцінюванні (частина четверта статті 84). Йому має бути гарантоване право (за бажання) навести докази, які би спростовували сумнів. Однак не можна пов'язувати визнання його таким, що не відповідає займаній посаді, із невиконанням суддею обов'язку довести інше. Неспроможність чи небажання довести інше означає лише, що презумпція добросовісності є спростованою, але ґрунтувати своє рішення Комісія має на доказах, а не на спроможності чи неспроможності судді щось довести. А такі докази мають відповідати тим стандартам, що викладені в Індикаторах[2].

У справі «Джоджай проти Албанії» (Xhoxhaj v. Albania) [9] ЄСПЛ зазначив: що звільнення з посади є серйозним, якщо не найсерйознішим дисциплінарним покаранням, яке може бути застосовано для особи. Застосування такого заходу, який негативно позначається на приватному житті людини, вимагає розгляду **переконливих доказів**, що стосуються етичних норм, доброчесності та професійної компетентності людини (п. 403).

Як ми розуміємо, «виключення **будь-яких сумнівів»** це протилежний підхід відносно необхідності об'єктивно і прямо підтвердити нездатність судді здійснювати обов'язки «**на мінімально прийнятному рівні»**.

Пояснення цьому дуже просте – як ми зазначили вище, рішення Велика Палата ВС у справі № 9901/124/19, стосується конкурсу і оцінювання судді як кандидата до ВС, а не оцінювання судді на відповідність займаній посаді.

Таким чином, багато в чому схожі процедури КО на здатність та КО на відповідність мають водночас суттєві відмінності, одна з яких полягає в тому, що ступінь обґрунтованості сумніву у доброчесності судді в межах КО на відповідність має бути набагато вище, ніж ступінь обґрунтованості сумніву у доброчесності кандидата на посаду судді в межах КО на здатність.

Список використаних джерел:

1. Конституція України. URL: http://surl.li/phqzg
2. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402. URL: http://surl.li/oxnh
3. Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21.12.2016 №1798-VIII. URL: http://surl.li/azzbr

2 Слід зазначити, що визначення чітких та переконливих доказів, закріплене в Індикаторах, є подібними до визначення, встановленого Законом України «Про вищу раду правосуддя» для цілей дисциплінарних процедур: «Чіткими та переконливими є докази, які з точки зору звичайної розсудливої людини у своїй сукупності дають змогу дійти висновку про наявність або відсутність обставин, що є підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності».

4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16.06.2022. URL: http://surl.li/phqzp
5. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28.03.2018. URL: http://surl.li/phqzs
6. Рішення Європейського Суду з права людини. Справа «Овчаренко та Колос проти України» (Заяви № 27276/15 і № 33692/15). URL http://surl.li/phqzu
7. Спільні індикатори для визначення невідповідності критеріям доброчесності та професійної етики. URL: http://surl.li/naqow
8. Рішення Великої Палати Верховного Суду від 19.05.2021. URL : http://surl.li/phrac
9. Справа Джоджай проти Албанії. URL: http://surl.li/phrag

Голуб Я. О.,
аспірантка відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, м. Київ

СИСТЕМА ПРИНЦИПІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ КРІЗЬ ПРИЗМУ ВІЙНИ

У зв'язку із російською агресією проти України пріоритетним напрямом вітчизняної кримінально-правової науки є дослідження проблем протидії воєнним і міжнародним злочинам. Водночас актуалізовано перегляд усталеного розуміння принципів у кримінально-правовому регулюванні. Проблема принципів права актуальна для представників усіх, без виключення, галузевих наук – як кримінального, так і цивільного, трудового, сімейного, земельного, природоресурсного, міжнародного права тощо. Кожен дослідник, який цікавиться проблемами принципів тієї чи іншої галузі права, звертається насамперед до надбань науки загальної теорії права в частині визначення понятійного апарату принципів права. Принципи закріплено і в нещодавно ухваленому законі України «Про правотворчу діяльність» (2023 р.) у статті третій під назвою «Принципи правотворчої діяльності» [1]: 1) верховенства права, що включає, але не виключно, принципи законності, юридичної визначеності, запобігання зловживанню повноваженнями, рівності перед законом та недискримінації, доступу до правосуддя; 2) пріоритетності утвердження та забезпечення прав і свобод людини, дотримання міжнародних стандартів у сфері прав людини; 3) демократичності; 4) пропорційності; 5) необхідності та обґрунтованості; 6) системності; 7) наукового забезпечення; 8) ресурсної забезпеченості.

Право засноване на загальних ідеях та уявленнях суспільства певного типу у певний період життєдіяльності. «Принцип» у Юридичній енциклопедії визначено як «основні засади, вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутрішнього і міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації» [2, с. 110]. Отже, повне розуміння принципів дозволяє мати об'єктивне уявлення про всю правову систему держави. На стадії формування об'єктивного права пропонується розглядати юридичну регламентацію суспільних відносин, коли відбувається закріплення в нормативно-правових актах принципів права[3, с. 110]. Очевидно, що саме принципи, на яких базується право загалом, забезпечують системність права, його сталість та потенціал. Це є аксіомою для всіх і кожної

окремої галузі права, у тому числі кримінального.

Щодо співвідношення понять «принципи права» і «правові принципи», слід погодитись із В.О. Котюком у тому, що вони відрізняються один від одного тим, що правові принципи виникають, як правило, задовго до виникнення системи права і законодавства. Правові принципи, які закріплені в системі права і законодавства, переходять у принципи права [4, с. 30]. Інші вчені про значення принципів у формуванні права зауважують, що принципи охоплюють всю правову матерію — і ідеї, і норми, і відносини, а також надають їй логічності, послідовності, збалансованості. У принципах права синтезується світовий досвід розвитку права, досвід цивілізації [5, с. 21].

Сучасний етап розвитку антикримінальної політики України у світлі євроінтеграції та триваючої російської агресії обумовлює потребу перегляду традиційних уявлень про принципи кримінального права. У чинному Кримінальному кодексі України система принципів не врегульована, натомість це відбулося з прийняттям у 2012 році Кримінального процесуального кодексу України. В останньому закріплено перелік таких принципів: верховенство права, законність, рівність перед законом і судом, таємниця спілкування, диспозитивність, презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення тощо.

Зокрема, у Карному кодексі Польщі є розділ «Принципи карної відповідальності», а також визначено принципи призначення покарання та карних засобів [6]. Є сподівання, що і оновлене кримінальне законодавство Україні буде містити відповідний розділ.

В останній редакції Проєкту Кримінального кодексу України від 10.01.2024 міститься Розділ 1.2. «Принципи кримінального кодексу та його застосування», в якому на цей момент передбачено такі принципи: законності, юридичної визначеності, рівності, пропорційності, індивідуальності, гуманізму, однократності застосування кримінально-правових засобів, сумлінного виконання міжнародних зобов'язань [7]. Недоліком пропонованої системи принципів вбачаємо відсутність згадки про справедливість. На наш погляд, в ієрархії принципів кримінального права на вершині має бути саме справедливість. Застосування ж інших принципів чи то гуманізму, чи то рівності, чи то пропорційності (за термінологією оприлюдненого проєкту КК) є підпорядкованими справедливості [8, с. 142–144]. Тому вірно відзначає О. О. Кваша: «метою діяльності органів кримінальної юстиції у поствоєнний час має бути *відновлення справедливості* шляхом призначення адекватного заходу кримінально-правового впливу (покарання і заходів кримінально-правового характеру) за вчинені під час війни злочини» [9].

Під час війни не сприймаються наукові позиції, які ще до 24.02.2022 оцінювались позитивно. Зокрема, йдеться про розуміння гуманізму як рівнозначного поняттю справедливості: «уми людства, які існували протягом всієї історії цивілізації, змогли розгледіти реальну тенденцію у всесвітньому законодавстві – його гуманізацію, а отже, перемогу справедливості» [10, с. 8]. Чи можна стверджувати, що гуманізація закону і відповідальності означає перемогу справедливості? Таке твердження видається дуже сумнівним в умовах щоденних жорстоких актів злочинної воєнної агресії росії на території України, коли українське суспільство очікує справедливого суду та суворого покарання винних у вчиненні воєнних злочинів та злочинів проти людства.

Натомість підтримуємо позицію Ю. С. Резнік, що всі складові елементи системи принципів кримінального права, зокрема й гуманізм, мають бути узгоджені між собою. Реалізація принципу гуманізму не повинна суперечити ні принципу справедливості, ні принципу законності, ні іншим засадам кримінального права України. Принцип гуманізму не може бути панівним у системі принципів кримінального права України, інакше кримінальний закон може втратити свій охоронний і превентивний потенціал [11, с. 9].

Триваюча російсько-українська війна вимагає змінити пріоритети системи принципів вітчизняного права, в якій гуманізм не може бути вищим за інші принципи. В ієрархії принципів кримінального права на вершині має бути саме справедливість. Застосування ж інших принципів чи то гуманізму, чи то рівності, чи то пропорційності (за термінологією проєкту КК України) є підпорядкованим принципу справедливості. Така будова принципів є необхідною для функціонування кримінальної юстиції не тільки під час війни. Ще довгий період після завершення війни в українському суспільстві жеврітиме вимога суворого дотримання принципу справедливості під час судового розгляду вчинених в України злочинів країною-агресором та притягнення до кримінальної відповідальності усіх винних – як керівництва рф та усіх, хто віддавав злочинні накази, так і всіх, хто їх виконував. При цьому, безумовно, мають бути дотримані й інші принципи, як то законності, рівності, пропорційності, індивідуальності, гуманізму тощо.

Список використаних джерел:

1. Про правотворчу діяльність». Закон України від 24.08.2023 № 3354-IX. URL: http://surl.li/otufp
2. Юридична енциклопедія: в 6 т. / [редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін.]. Київ: Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 1998–2004. Т. 5: П–С. 2003. 736 с.
3. Кубко Є.Б. Ефективність правового регулювання в умовах воєнного стану.

Правотворення і правотворчість в умовах воєнного стану та миробудівництва: монографія. До 75-річчя Ін-ту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ: Парламентське вид-во, 2023. С. 102–117.
4. Котюк В. О. Теорія права: Курс лекцій. Київ,1996. 208 с
5. Зайчук О.В. Принципи права в контексті розвитку загальної теорії держави і права. *Альманах права*. 2012. С. 21-27.
6. Карний кодекс республіки Польща. Київ: BAITE, 2015. 164 с.
7. Текст проєкту нового Кримінального кодексу України. URL: http://surl.li/phrax
8. Голуб Я. Принципи гуманізму і справедливості у кримінальному праві сучасної України. *Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення*: матеріали міжвідом. наук.-практ. круглого столу (м. Київ, 02 листоп. 2023 р.) Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2023. С. 142–144
9. Кваша О. О. Актуальні проблеми кримінально-правової політики України в умовах війни. *АЛЬМАНАХ ПРАВА. Трансформація законодавства України в сучасних умовах.* Вип. 14. Київ: Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України, 2023. С. 41–47 http://almanahprava.org.ua/files/almanah-prava.-vipusk-14-_2023_.pdf
10. Олійник О. С.. Ієрархія принципів кримінального права України. *Правова позиція*. 2019. № 3 (24). С. 7-13.
11. Резнік Ю. С. Принцип гуманізму та його реалізація в кримінальному праві України: дис. … канд. юрид. наук. Київ, 2016. 203 с.

Кваша О. О.,
доктор юридичних наук, професор,
член Вищої ради правосуддя,
провідний науковий співробітник відділу проблем
кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
імені В.М. Корецького НАН України,
м. Київ

ПРАВОСУДДЯ & СПРАВЕДЛИВІСТЬ: ІМПЕРАТИВ ПІД ЧАС ВІЙНИ

Справедливість – це універсальна природна ідея, втілена в систему права будь-якої демократичної, соціальної, правової держави. Навіть більше, справедливість – це категорія, яка … становить основу людського існування [1, с. 37]. Тому неодноразово у своїх публікаціях наголошувала, що протягом багатьох століть фундаментальним завданням будь-якої держави (тим більше на етапі кардинальної правової реформи, на кшталт сучасної України) є забезпечення права людини на справедливий суд, іншими словами – на правосуддя, яке відновлює справедливість [2]. Опитування останніх років свідчать, що за головну мету українці ставлять справедливе правосуддя від доброчесних суддів [3]. Недоброчесні судді *apriori* не здатні забезпечити поновлення справедливості, а саме – три «ні», які були визначені ще у *Великій Хартії (Magna Carta) 1215 р*оку : «Ми не продаватимемо жодній людині, ми не відмовимо жодній людині чи не відстрочимо для жодної людини – ні правосуддя, ні відновлення права (справедливості)».

Дотримання вимоги справедливості під час здійснення правосуддя у воюючій країні є не просто константою, але й – *conditio sine qua non* /«умова, без якої немає..» існування держави. «Ми згадуємо при цьому знамените паризьке гасло 1968 року «Будьте реалістами — вимагайте неможливого!» і хочемо ще раз ствердити, що справедливість, як і злочини, про які йдеться, не має терміну давності, а її реальне досягнення залежить насамперед від наших зусиль» [4].

Під час війни правосуддя – це не лише справедливе покарання російським окупантам та громадянам України, які зрадили свою Батьківщину, але й невідворотність відповідальності для корупціонерів у всіх гілках влади. Як і намагання росії знищити українську націю, так і несправедливе правосуддя та його вибірковість в умовах війни здатні спричинити руйнівні для держави наслідки.

В контексті універсальності ідеї справедливості для кримінальної юстиції доречно звернути увагу на крайню редакцію Проєкту Кримінального кодексу України (10 січня 2024 року). У проєкті лише один раз йдеться про спра-

ведливість і саме в частині відповідальності за злочини в період війни: «Стаття 11.4.3. Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом: «Особа, яка серйозно порушила норми міжнародного гуманітарного права, застосовувані в міжнародних збройних конфліктах, а саме: …. 4) позбавила особу, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, права на *справедливе* і належне *судочинство*» [5].

Захист прав людини є імперативом суспільного розвитку, а в системі глобальних демократичних цінностей світового співтовариства імперативом є право на справедливий суд. На жаль, і сьогодні в умовах війни, рівень судового захисту прав людини в Україні не відповідає європейським та міжнародним стандартам. З огляду на головну мету України – перемогу у війні з росією, а також інтенсивні євроінтеграційні процеси та системну правову реформу, наше суспільство потребує уже сьогодні здійснення правосуддя такого рівня, коли абсолютом є вирішення справедливим судом завдань захисту прав і свобод кожного громадянина.

Категорія справедливості має концептуальний характер і є тим фундаментом, на якому має засновуватись система права в Україні. Традиційно право на справедливий суд розглядається у взаємозв'язку із верховенством права. В інтерпретації ЄСПЛ право на справедливий суд – лише складова принципу верховенства права: «Правами, що найочевидніше пов'язані з верховенством права визначено, з-поміж інших … «(8) *право на справедливий суд, або — в англо-американській традиції – принцип природної справедливості чи принцип справедливої [юридичної] процедури*; мають бути забезпечені: *справедливе* і відкрите слухання справи, відсутність упередженості та слухання і вирішення справи упродовж розумного строку» [6, с. 32-33] (курсив мій. – О.К). Таким чином, «право на справедливий суд» і «принцип природної справедливості» слід розглядати як рівнозначні поняття.

Ще Сократ, античний мислитель та перший афінський філософ, відзначав не тільки те, «яким має буде ідеальний в його розумінні суддя з точки зору віку або досвідченості, але й опосередковано зазначає, що через судовий процес суддя має досягти певної мети правосуддя – справедливості» [7, с. 8-10]. Тобто філософ *метою правосуддя* визнавав саме справедливість.

Термін «справедливість» походить від слова «право» (близькими за значеннями в українській мові є також слова «правий», «правда»), причому, попри плин століть і низку історичних відмінностей, таку відповідність збережено й у класичних античних текстах, адже латиною право перекладається як «*jus*», а справедливість – «*justitia*» (Zelenytsia, 2012) [8, с. 40]. В англійській мові термін «*justice*» розглядається і як правосуддя, і як справедливість. Тож вчені

зауважують, що правосуддя і справедливість окреслено одним терміном в англійській мові, а далі констатують: «якщо вирок суду не справедливий, то й акт правосуддя не здійснився. Однак дещо умовно можна сказати, що між категоріями «правосуддя» «справедливість» немає знаку рівності, вони різні за своїм значенням, попри те, що, як правило, правосуддя асоціюється саме із справедливістю» [9, с. 24]. Отже, якщо правосуддя не досягає своєї мети, не поновлює справедливість, чи можна взагалі говорити про правосуддя? Правосуддя іманентно (тобто властиве природі самого явища, внутрішньо притаманне йому[10, с. 787]) містить в собі ідею справедливості.

Акт правосуддя означає насамперед постановлення справедливого судового рішення, яке засноване на правовому законі, є обґрунтованим та вмотивованим. Очевидно, і з цих міркувань вітчизняні науковці в галузі права майже не послуговуються поняттям «справедливе правосуддя», усвідомлюючи, що структура поняття правосуддя містить у собі визначальний елемент «справедливість» як імперативну складову.

Уже майже 2 роки повномасштабної агресії рф проти України. І в суспільстві, крім запиту на перемогу, все більшої ваги набуває інший запит – на справедливість. У кримінальній юстиції справедливість прийнятого судового рішення оцінюється на трьох рівнях: засудженою особою, потерпілою особою та суспільством, яке сьогодні є *колективним потерпілим* від воєнних злочинів росіян. У монографії «Права людства» І. Б. Іванків наводить думку відомого вченого, нашого співвітчизника В. Вернадського, якій у своїй останній науковій статті «Кілька слів про ноосферу» (1944 р.) звертає увагу на нищівний вплив Другої світової війни на природу, а також розглядає цей трагічний феномен з точки зору об'єднання людства. Він наголошує, що рівність усіх людей є ключовою з точки зору геологічного еволюційного процесу. Така думка підкріплює *ідеї природного права* з боку точної науки: «Уперше в історії людства інтереси народних мас – усіх і кожного – і вільної думки особистості визначають життя людства, є мірилом його уявлень про справедливість» [11, с. 17].

Постановлення суддею справедливого судового рішення свідчить про торжество справедливості, про реалізацію правосуддя. Тому необґрунтованим вважаю застосування поняття «справедливе правосуддя» [9]. Очевидно, що при такому підході сутність поняття «правосуддя» втрачає свій зміст та призначення, і виникає ілюзія, що правосуддя може бути несправедливим. Несправедливим може бути судочинство, і тоді воно не є правосуддям.

Список використаних джерел:

1. Шелевер Н.В. Принцип справедливості у філософії античних філософів. *Вісник Запорізького нац. ун-ту*. Юрид. науки № 4. Т. 2. 2020. С. 33–39.

2. Кваша О.О. Право на справедливий суд в контексті захисту прав людини в Україні. *Конституційно-правове забезпечення та європейські стандарти контролю у сфері діяльності органів державної влади і місцевого самоврядування* : мат-ли наук.-пркт. конф. (м. Київ, 11 груд. 2018 р.). Київ: Юрид. думка, 2018. С. 94–100.
3. Справедливе правосуддя від доброчесних суддів – мета, до якої ми всі прагнемо. URL: http://surl.li/phrbf
4. Справедливість не має терміну давності. URL: http://surl.li/phrbn
5. Текст проєкту нового Кримінального кодексу України. URL: http://surl.li/phrax
6. Європейська комісія «за демократію через право» (Венеційська комісія). доповідь про правовладдя. Ухвалено Венеційською Комісією на її 86-му пленарному засіданні. (м. Венеція, 25–26 бер. 2011 р.). *Право України*. 2011. № 10. С. 15-38.
7. Шепітько М. В. Злочини у сфері правосуддя: еволюція поглядів та наукові підходи до формування засобів запобігання: монограф. Харків: Право, 2018. 264 с.
8. Павлишин О. В., Васюта Ю. В. Справедливість як елемент ідеї права та її місце в системі правових цінностей. *Філософські та методологічні проблеми права*. 2020. № 2 (20). С. 40–47.
9. Подорожна Т. С., Білоскурська О. В. Справедливе правосуддя як мета діяльності органів судової влади. *Часопис Київ. ун-ту права*. 2018. № 4. С. 23–26.
10. Новий тлумачний словник української мови: в 3 т. / [уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко]. [2-е вид., виправ.]. Київ: «АКОНІТ», 2008. Т. 1: А–К. 926 с.
11. Іванків І. Б. Права людства. Монографія. Київ: Ваіте, 2020. 158 с.

Марчук О. П.,
Голова Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду
м. Київ

ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ ПІД ЧАС ВІЙНИ

Тема конференції вказує на найбільші виклики як для українського суспільства, так і для системи правосуддя загалом, а зокрема – для системи кримінальної юстиції в умовах війни: корупційні та воєнні злочини, їх виявлення, розслідування, судовий розгляд, прагнення досягти справедливості.

Війна є чи не найбільшим лихом для суспільства, держави, кожної особи. Корупція є серйозним викликом, це ракове утворення, яке з'їдає суспільство, установи зсередини. А корупція під час війни – це виклик, помножений у десятки разів.

Київський полілог є майданчиком, за допомогою якого можна знайти шляхи, які приведуть до подолання тих перепон та викликів, з якими стикається наша країна. Адже найбільші виклики можливо подолати лише у співпраці та взаємодії. Свого часу Генрі Форд сказав: «Зібратися разом – це початок, триматися разом – це прогрес, працювати разом – це успіх».

Є сподівання, що, починаючи з першого кроку, ми досягнемо успіху. Неможливо зробити все необхідне й одразу, але крок за кроком можемо зробити все те, що залежить від нас тут і зараз, спираючись на засадничі принципи верховенства права, справедливості, невідворотності покарання, використовуючи надбання як міжнародного, так і національного досвіду, наукових досліджень та розробок, а також утверджені історією морально-етичні цінності та здоровий глузд.

Полілог – це множинність думок, тому кожна думка має бути озвучена, почута і кожна думка є цінністю.

Із часу запровадження воєнного стану робота судів кримінальної юрисдикції загалом була спрямована на подолання викликів воєнного часу, забезпечення безпеки учасників судового процесу, реалізацію права на судовий захист та доступ до правосуддя.

Статистична інформація свідчить, що попри всі виклики та труднощі судам при здійсненні судочинства у сфері кримінальної юрисдикції вдавалося забезпечувати в розумні строки справедливий, якісний, належний розгляд більшості кримінальних проваджень. Так, у 2021 р. до судів кримінальної юрисдикції загалом надійшло 2 млн 142 тис. справ та матеріалів, у 2022 р. цей

показник знизився до 1 млн 517 тис. Водночас за перше півріччя 2023 р. надійшло 1 млн 24 тис. справ та матеріалів. Це вказує на те, що за результатами 2023 р. попри всі труднощі, значну кількість судів, які не працювали, нестачу суддівських кадрів кримінальна юрисдикція вийшла на показники довоєнного рівня.

Слід враховувати, що за період з 24.02.2022 по 17.11.2023 в Україні припинили свою роботу та було змінено територіальну підсудність **137** судів з них **59** судів згодом відновили свою роботу. Також 84 суди, що розташовані на території Криму, територіях Донецької та Луганської областей, окупованих до 24.02.2022, не здійснюють правосуддя з 2014 р. Тож судова система проявила себе в цих складних умовах відповідально та стійко.

З метою забезпечення стабільного функціонування системи кримінальної юстиції на час відсічі збройної агресії і належного реагування на випадки вчинення кримінально караних діянь у цих умовах, ВС на початку березня 2022 р. першочергово для забезпечення судів та органів досудового розслідування необхідною методично-інформаційною допомогою підготував та 03.03.2022 надіслав судам першої та апеляційної інстанцій **лист «Щодо окремих питань здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану»**. Зазначеним інформаційним листом було надано окремі рекомендаційні роз'яснення в частині застосування процесуального законодавства, що стосується застосування заходів забезпечення кримінального провадження, діяльності слідчих суддів, положень ст. 615 КПК, використання різних форматів відеоконференцзв'язку. Ця робота продовжується щоденно, здійснюється аналіз проблем правозастосовного характеру, а також наявних недоліків законодавства.

Законодавче забезпечення.

ВС активно долучився до питань внесення змін та доповнень до законодавства. Варто зазначити, що з початку війни 24 рази внесено зміни та доповнення до норм КК, 23 рази – до норм КПК.

Це небачена в історії держави трансформація правового регулювання у сфері кримінальної юстиції, що надає можливість адекватно реагувати на вимоги часу. І це питання не є закритим.

Станом на зараз ВС веде активну законопроєктну роботу у взаємодії з Верховною Радою України та іншими державними органами, зокрема, за такими напрямами:

- у сфері подальшої цифровізації кримінального судочинства відбувається комунікація з Комітетом Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності щодо прийняття проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України

щодо забезпечення поетапного впровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи» (реєстр. № 8219);

- щодо подальшого врегулювання питання відновлення матеріалів кримінального провадження відбувається комунікація з Комітетом Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності щодо прийняття проєкту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів щодо забезпечення кримінальних проваджень, здійснення яких унеможливлено внаслідок збройної агресії Російської Федерації проти України, тимчасової окупації Російською Федерацією окремих територій України» (реєстр. № 9579);
- щодо вдосконалення кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти основ національної безпеки України здійснюється робота над рядом законопроєктів, якими пропонуються зміни, зокрема, до статей 111 «Державна зрада», 111-1 «Колабораційна діяльність» КК. Наприклад, проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за деякі злочини проти основ національної безпеки України» (реєстр. № 10136) та альтернативний до нього законопроєкт реєстр. № 10136-1.

Потребують подальшого удосконалення процесуальні механізми міжнародно-правової взаємодії, розгляду справ за процедурою *in absentia*, цифровізації правосуддя у сфері кримінальної юстиції тощо. Ми не можемо оминути той факт, що значна частина населення перебуває за кордоном, і кримінальне судочинство має бути адаптоване до таких реалій сьогодення. Крім того, відсутність безпеки, особливо на прифронтових територіях, ставить вимогу забезпечити окремі процедури здійснення кримінального провадження в дистанційному режимі, включаючи надання права учасникам на використання власних технічних засобів під час судового розгляду, зважаючи на безпекові питання. Комплексне вирішення питань цифровізації залежить від волі законодавця. Цим та іншим питанням ВС приділяє значну увагу.

Кадрове забезпечення.

У зв'язку з тим, що ВККС не працювала майже чотири роки (з 2019 р. до 2023 р.) в судовій системі виник кадровий голод.

Так, лише протягом січня – вересня 2023 р. ВРП прийняла рішення щодо звільнення **288** суддів.

Станом на сьогодні ВККС оголосила про проведення конкурсу на зайняття посад суддів місцевих та апеляційних судів, крім того, здійснюються процедури кваліфоцінювання суддів, що дозволяє нам мати надію на кадрове онов-

лення судової влади в найближчому майбутньому. Для подолання кадрового голоду ВККС було оголошено конкурс на зайняття **560** вакантних посад суддів у місцевих судах та **532** вакантних посад суддів в апеляційних судах.

Крім того, приділяючи увагу збільшенню предметної підсудності ВАКС, ВРП прийнято 26.09.2023 рішення про збільшення чисельності суддів ВАКС. ВККС тиждень тому оголосила конкурс на 25 вакантних посад суддів ВАКС та Апеляційної палати ВАКС для забезпечення ефективного здійснення правосуддя у цих важливих справах.

Щодо роботи ВРП, зокрема, дисциплінарної функції.

Однією із важливих функцій ВРП є розгляд дисциплінарних скарг на суддів та притягнення їх до відповідальності. Оскільки ця функція тривалий час не виконувалася, а саме з 05.08.2021, коли було вирішено запровадити службу дисциплінарних інспекторів, у ВРП накопичилося понад 12 тисяч скарг щодо дисциплінарних проступків суддів.

Беручи до уваги стан війни в Україні, випадки отримання суддями громадянства іншої країни, перехід на службу державі-агресору, колабораціонізм тощо актуальність відновлення цієї функції все більше зростала і це питання потребувало негайного вирішення.

19.10.2023 ВРП ухвалила рішення відновити з 01.11.2023 розподіл між членами Ради скарг щодо дисциплінарного проступку судді та скарг на рішення про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора.

Оптимізація судів та інші питання здійснення судочинства.

Також слід згадати про роботу над оптимізацією мережі місцевих загальних судів, яка розпочалася в мирний час й основними мотивами для розв'язання проблем були – вирівнювання навантаження на суди і суддів та оптимізація державного бюджету на утримання судів, а також у зв'язку з утворенням та ліквідацією районів.

Проте війна внесла свої корективи оскільки провести оптимізацію мережі судів відразу на території всієї держави зараз неможливо. Саме тому Закарпаття було визначено платформою для пілотного проєкту реформування місцевих загальних судів.

Питання укрупнення місцевих судів є нагальним, оскільки проблеми територіального розміщення органів досудового розслідування та місцевих судів, нерівномірне навантаження на систему місцевих судів, що були до війни значно поглибилися за час війни.

Від початку повномасштабної збройної російської агресії на території України 24.02.2022 120 приміщень 114 судових установ зазнало пошкоджень різного ступеню аж до повного руйнування. З них 115 приміщень є судами.

15 приміщень судів є зруйнованими, 105 приміщень пошкоджено частково. Найбільше пошкоджено/зруйновано приміщень судових установ у Харківській (23 приміщення), Донецькій (18 приміщень) та Миколаївській (20 приміщень) областях.

Оскільки, законодавець, на жаль, не передбачив можливості повернення справ, розгляд яких не було розпочато, Касаційний кримінальний суд з метою вирішення цього питання у процесуальний спосіб в порядку статті 34 КПК та з урахуванням змін, які було внесено до ч. 9 ст. 615 КПК Законом від 27.07.2022 № 2462-IX, намагається вирішувати це питання, розглядаючи значну кількість клопотань про передачу кримінальних проваджень до відновлених судів і активно продовжує роботу в цьому напрямі. Станом на 30.11.2023 на розгляд до ККС за 2023 рік надійшло 3540 таких подань, клопотань. Це надмірний показник, який у декілька разів перевищує показники 2021 р.

Таким чином, можемо констатувати, що система кримінальної юстиції на другому році війни безперервно функціонує, в цілому адаптована до умов сьогодення, готова приймати виклики та достойно долати їх спільними зусиллями судової спільноти, органів системи правосуддя.

Мовчан Р. О.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри конституційного,
міжнародного і кримінального права
Донецького національного університету
імені Василя Стуса,
м. Вінниця

ВОЄННІ НОВЕЛИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ПРАВОТВОРЧІ ТА ПРАВОЗАСТОСОВНІ ПРОБЛЕМИ

24.02.2022 російська федерація розпочала широкомасштабну збройну агресію проти України. І ледь не з першого дня відкритого вторгнення ворога стало зрозумілим, що вітчизняний кримінальний закон – навіть з урахуванням тих істотних оновлень, яких він зазнав ще в 2014 р. у зв'язку із подіями у Криму та на Донбасі – не виявився повною мірою готовим протидіяти усім тим численним викликам, які пов'язані з цієї подією. Як наслідок, за відносно короткий проміжок часу, який минув після уведення воєнного стану (найбільше за перший місяць), парламентаріями в екстреному порядку було прийнято вже понад двадцять законів, покликаних удосконалити механізм кримінально-правового регулювання відповідних суспільних відносин.

Така поспішність (хоча й загалом виправдана) народних депутатів України, діяльність яких щодо оновлення кримінального законодавства і у відносно мирний час викликала численні нарікання з боку науковців, просто не могла негативно не позначитись на якості новоприйнятого законодавчого матеріалу. Тож далі зупинюся лише на окремих із згаданих нормативних недоліків та спробую продемонструвати, яким чином їхня наявність вже породжує серйозні труднощі при кваліфікації та істотно знижує правозастосовний потенціал розглядуваних положень кримінального законодавства.

Розпочинаючи аналіз відповідних законодавчих помилок, передусім хотів би відмітити і врешті-решт основну увагу приділити тому, що у процесі відповідного редагування КК вітчизняні парламентарії допускали перманентне ігнорування такого засадничого принципу криміналізації, як принцип відсутності прогалин у законі і ненадмірності заборони. Прямим наслідком цього стало виникнення, з одного боку, численних колізій, щодо яких відсутні чіткі та уніфіковані правила подолання, а, з іншого, – небажаної конкуренції не лише між новоприйнятими та раніше чинними приписами КК, а й навіть між окремими положеннями норм, ухвалених вже після уведення воєнного стану [1, с. 243].

Для ілюстрації сказаного наведу кілька прикладів.

Приклад № 1. Доповнюючи КК новою ст. 111-1 «Колабораційна діяль-

ність» (Закон № 2108-IX від 03.03.2022), народні депутати України мали намір пом'якшити відповідальність за певні, менш небезпечні, на їхню думку, форми державної зради. Попри це, варто мати на увазі, що чи не найважливішою запорукою успішної реалізації відповідної ідеї мало б бути належне обґрунтування кола тих діянь, відповідальність за які регламентується у межах привілейованої норми про колабораціонізм – тобто обміркованому визначенню конкретних проявів державної зради, які справді є істотно менш небезпечними за всі інші, передбачені (прямо чи побічно) загальною нормою (ст. 111 КК).

На жаль, навіть поверховий аналіз положень ст. 111-1 КК засвідчує, що науково обґрунтованого підходу до розв'язання зазначеного питання не спостерігається.

Зокрема, у контексті сказаного чи не найперше виникає питання про те, чому законодавець, передбачивши у ч. 7 ст. 111-1 КК відповідальність за такі дії, як *добровільна участь громадянина України у збройних формуваннях держави-агресора*, пом'якшив покарання за них? Адже йдеться про один із різновидів такої форми державної зради, як перехід на бік ворога в період збройного конфлікту. Нагадаю, що у вітчизняній юридичній літературі останній традиційно трактується як надання громадянином України безпосередньої допомоги державі, з якою Україна на той час перебуває у стані війни або збройного конфлікту, проявом якого, серед іншого, визнається якраз таки вступ на службу до певних військових, розвідувальних чи безпекових формувань ворожої держави (поліції, каральних загонів) – тобто дії, прямо передбачені у ч. 7 нової ст. 111-1 КК [2, с. 331]. І якщо це діяння парламентаріями визнається менш небезпечною формою державної зради (привілейований склад), то хотілося б дізнатись – а які ж посягання тоді повинні розглядатись як більш небезпечні (ніж добровільна участь у збройних формуваннях держави-агресора) і каратися відповідно до ч. 2 ст. 111 КК?

Прямим наслідком наявності цієї ситуації, коли у двох різних статтях описана ідентична поведінка, стало те, що фактично одні й ті самі за змістом діяння, які виявляються, наприклад, у передачі ворогу інформації про розташування ЗСУ та інших військових формувань, сьогодні на практиці караються за двома згаданими вище різними нормами КК – ч. 7 ст. 111-1 [3] (основне покарання – позбавлення волі на строк від 12 до 15 років) та ч. 2 ст. 111 [4], санкція якої є істотно суворішою (15 років позбавлення волі або довічне позбавлення волі).

Приклад № 2. Відповідаючи на небажані і поширені з початку війни факти несанкціонованого поширення різноманітної інформації, яку я надалі для зручності позначатиму як «військово значиму», 24.03.2022 парламентарії ухвалили Закон № 2178-IX, головним результатом чого стало доповнення

КК новою ст. 114-2, якою передбачається кримінальна відповідальність саме за згадані вище суспільно небезпечні діяння.

Утім, проаналізувавши текст відповідної заборони, одразу виникає питання про доцільність 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»*. Зокрема, якщо проаналізувати зміст цих посягань – поширення відповідної інформації з метою надання державі, що здійснює збройну агресію проти України, чи незаконним збройним формуванням – то побачимо, що насправді вони 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 в разі передання ворогу (рф) відповідної інформації; по-друге, що надважливо з погляду 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;

– або тим-таки наданням допомоги збройним формуванням держави-агресора допомоги у веденні бойових дій проти ЗСУ (ч. 7 ст. 111-1 КК) [5, с. 155–156].

Як наслідок, у КК з'явилась вже третя окрема норма, за якою на практиці теж нерідко кваліфікуються все ті ж самі прояви передачі інформації ворогу про розташування ЗСУ [6].

Приклад № 3. 14.04.2022 вітчизняними парламентаріями приймається (з урахуванням пропозицій Президента України) Закон № 2198-IX, головним результатом набрання чинності яким стала поява у системі розділу I Особливої частини КК чергової кримінально-правової новели, направленої на врегулювання відповідальності осіб, які вчинили дії з метою завдання шкоди Україні, – ст. 111-2 «Пособництво державі-агресору».

Перше, на що хотілося б звернути увагу, це те, що при прийнятті Закону від 14.04.2022 парламентарії вочевидь «забули» саме про згадану вище ст. 111-1 КК. Інакше мені складно пояснити наявність у ст. 111-2 КК варіативної вказівки на *добровільний збір, підготовку та / або передачу матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора, її збройним формуванням або окупаційній адміністрації держави-агресора,* яка (вказівка) фактично дублює положення присвяченої «господарському» колаборацію-

нізму ч. 4 ст. 111-1 КК. Останньою встановлено відповідальність, зокрема, за *передачу матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та / або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора.*

У результаті і в цій ситуації сьогодні непоодинокими є випадки кваліфікації ідентичних дій, які, наприклад, виявляються в реєстрації у незаконних органах влади новостворених підприємств, або ж за ч. 4 ст. 111-1 КК [7] (максимально суворе покарання – позбавлення волі на строк **до 5 років)**, або ж за ст. 111-2 КК [8] (основне покарання – позбавлення волі на строк **від 10 до 12 років).**

Крім створення колізії зі ст. 111-1, доповнення КК ст. 111-2 в її чинній редакції породжує необхідність вирішення питання про відмежування пособництва державі-агресору від державної зради.

Зокрема, йдеться про те, що передбачені у розглядуваній кримінально-правовій новелі такі абстрактні діяння, як *«вчинювані з метою завдання шкоди Україні реалізація чи підтримка рішень та / або дій держави-агресора»,* насправді цілком можуть вважатися державною зрадою у формі такого ж неконкретизованого всеохоплюючого посягання, як *«надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України»,* яким також може визнаватися фактично будь-яке вчинене громадянином України діяння, скоєне на згадані у ст. 111 КК шкоду суверенітетові, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України.

Для прикладу наведу випадок, коли Хортицьким районним судом м. Запоріжжя за ст. 111-2 КК були кваліфіковані дії Особи-1, який, займаючи посаду поліцейського (конвою) відділу охорони і конвоювання підозрюваних та обвинувачених ізолятора тимчасового тримання у незаконному правоохоронному органі – «Токмацкий ГО ГУ МВД в Запорізькій області», діючи умисно, надав допомогу державі-агресору (пособництво) у проведенні підривної діяльності проти України, шляхом підтримання та подальшого виконання рішення голови незаконного органу влади щодо видворення громадян України з території м. Токмак, а також незаконному утриманні зазначених громадян України у приміщенні ізолятору тимчасового тримання [9].

Виникає питання: чому ця допомога у проведенні підривної діяльності проти України, на яку, нагадаю, у ст. 111 КК прямо вказується як на одну з форм державної зради, була визнана не, власне, державною зрадою, а пособництвом державі-агресору?

Іншою серйозною проблемою кримінальної правотворчості «воєнного» часу стало здійснене Верховною Радою України невиправдане (принаймні на

переконання автора цих рядків) навіть в умовах воєнного стану:

а) доповнення окремих складів кримінальних правопорушень нехарактерними для них кваліфікуючими ознаками, пов'язаних саме з воєнною агресією рф (наприклад, ч. 4 і ч. 5 ст. 361 КК тощо);

б) або ж формулювання відповідних кваліфікуючих ознак занадто широко.

І очевидно, що, ведучи мову про останню з виділених проблем, найперше малося на увазі реалізоване Законом № 2117-IX від 03.03.2022 посилення відповідальності за вчинення окремих кримінальних правопорушень проти власності саме «в умовах», а не «з використанням умов воєнного або надзвичайного стану». Свого часу мною вже детально аналізувалася викладена в такий спосіб ознака, передбачена у частинах четвертих статей 185, 186, 187, 189, 191 КК, за наслідком чого було доведено, що за нею (ознакою) мають кваліфікуватися будь-які передбачені диспозиціями цих норм діяння, вчинені у відповідних умовах – незалежно від місцевості та обставин їхнього скоєння, тобто того, чи були вони безпосереднього пов'язані з використанням згаданих умов [10; 11].

Водночас, висловлюючи переконання у необхідності саме такого тлумачення, паралельно мною зауважувалося, що кваліфікація будь-яких вчинених при воєнному стані посягань на власність (зокрема, не пов'язаних із використанням умов такого стану) саме за частинами четвертими вказаних статей КК навряд чи може вважатися доцільною.

Однак, головне, що аналіз правозастосовних матеріалів засвідчує, що викладену авторську позицію щодо кваліфікації повністю поділяють і представники суддівської гілки влади. Зокрема, показово, що в жодному із відшуканих мною рішень винним не було призначено надмірно суворе покарання, передбачене, наприклад, ч. 4 ст. 185 КК (звичайно – за відсутності інших кваліфікуючих ознак), замість чого судді, переважно затверджуючи угоди про визнання винуватості: або призначали узгоджене сторонами покарання у виді позбавлення волі на строк 5 років, від якого винна особа надалі звільнялася на підставі статей 75–76 КК; або, посилаючись на ст. 69 КК, призначали не передбачене у ч. 4 ст. 185 КК, але доцільне, на думку представників Феміди, у таких ситуаціях покарання у виді штрафу.

До речі, тут не зайвим буде також нагадати, що сьогодні відповідна кваліфікуюча ознака («вчинення в умовах воєнного або надзвичайного стану») нарешті з'явилась і в ч. 3 ст. 190 КК, в якій вона із незрозумілих міркувань первинно передбачена не була. Однак найбільш цікаво те, що в цьому випадку парламентаріями вже був застосований інший спосіб її викладення, адже відповідальність за вчинене у відповідних умовах шахрайство була посилена:

– по-перше, не на три, а лише на два порядки (не ч. 4, а ч. 3 ст. 190 КК);

– по-друге, лише за умови, що таке шахрайство завдало значної шкоди потерпілому.

Тож виникає питання: а чому спосіб законодавчого закріплення кваліфікуючої ознаки, передбаченої ч. 3 ст. 190 КК, відрізняється від способу, використаного в усіх інших перерахованих вище нормах розділу VI Особливої частини КК?

Можна лише припустити, що законодавець зрозумів, що відповідне конструювання, яке закріплене у статтях 185, 186, 187, 189 та 191 КК, є недосконалим. Але ж тоді виникає вже інше запитання: якщо народні депутати України нарешті визнали невдалість використаного ними законодавчого прийому, то чому вони належним чином не відредагували відповідні норми, взявши за основу хоча б той підхід (хоча й він не може вважатися бездоганним), який був втілений у ч. 3 ст. 190 КК внаслідок набрання чинності Законом від 13 липня 2023 р.?

На мою думку, очевидно, що допоки вказані (як і інші) недоліки не будуть усунуті в законодавчому порядку, мабуть, не варто сподіватися на реалізацію тих цілей, які ставилися при прийнятті розглядуваних кримінально-правових норм, ефективне застосування яких навряд чи може буде досягнуто навіть з урахуванням сформульованих теоретиками рекомендацій щодо кваліфікації аналізованих кримінальних правопорушень.

Список використаних джерел:

1. Мовчан Р. О. «Воєнні» новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми : монографія. Київ : Норма права, 2022. 241 с.
2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор», 2018. 1360 с.
3. Вирок Мар'їнського районного суду Донецької області від 02.08.2023 у справі № 237/3732/23. URL: http://surl.li/khxuv
4. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 23.05.2023 у справі № 743/149/2. URL: http://surl.li/phrci
5. Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану : наук.-практ. комент. / А. А. Вознюк, О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан, С. С. Чернявський та ін. ; за ред. А. А. Вознюка, Р. О. Мовчана, В. В. Чернєя. Київ: Норма права, 2022. 278 с.
6. Вирок Індустріального районного суду м. Дніпропетровська від 26.12.2022 у справі № 202/7404/22. URL: http://surl.li/phrcl

7. Вирок Київського районного суду м. Харкова від 26.12.2022 у справі № 953/7065/22. URL: http://surl.li/phrco
8. Вирок Івано-Франківського міського суду Івано-Франківської області від 12.10.2023 у справі № 344/12085/23. URL: http://surl.li/phrcr
9. Вирок Хортицького районного суду м. Запоріжжя від 14.08.2023 у справі № 337/2354/23. URL: http://surl.li/phrcv
10. Мовчан Р. О. Аналіз законодавчого рішення про посилення кримінальної відповідальності за мародерство. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 1. С. 281–285. DOI http://surl.li/phrcx
11. Мовчан Р. Посилення відповідальності за деякі кримінальні правопорушення проти власності, вчинені в умовах воєнного або надзвичайного стану: правозастосовчі та правотворчі проблеми. *Українська кримінальна юстиція в умовах війни :* матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 9–11 черв. 2022 р.) / упорядник І. Б. Газдайка-Василишин. Львів: ЛьвДУВС, 2022. С. 159–166.

Фріс П. Л.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри Навчально-наукового юридичного
інституту Прикарпатського національного
університету імені Василя Стефаника
член-кореспондент НАПрН України
м. Івано-Франківськ

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ІДЕОЛОГІЯ ОСІБ, ЩО ВЧИНИЛИ ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ

З абсолютно зрозумілих причин напад росії на Україну, як закономірний наслідок, викликав появу раніше практично невідомих для практики боротьби зі злочинністю суспільно шкідливих діянь. До них належать і державна зрада, і дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади, і диверсія і ряд інших посягань на особливо важливі суспільні відносини, блага, цінності та інтереси. З'явились і нові діяння які не були передбачені як кримінальні правопорушення у чинному законодавстві. До них належить, передусім, колабораційну діяльність. Одразу слід зазначити, що незважаючи на достатньо швидку реакцію законодавця, який спромігся криміналізувати колабораційні дії практично через тиждень після початку активної фази агресії, це було здійснено поспіх і залишило багато проблем пов'язаних із кваліфікацією діянь.

Залишимо ці питання для аналізу дослідникам матеріального кримінального права.

Нас буде цікавити питання тих базових, світоглядних причин, які обумовили вчинення громадянами України найбільш тяжких злочинів проти держави, миру, безпеки людства, громадської безпеки та т. ін.

На превеликий жаль ми тривалий час аналізуючи фактори і причини злочинності здійснювали це акцентуючи увагу на соціально-економічному та, у меншій мірі, біосоціальному факторах і причинах, що входили до їх кола. Соціально-політичний фактор залишався, практично, по-за увагою дослідників, оскільки серед нас усіх домінувала установка, що в українському суспільстві політичне протистоянні, хоча і існує, але не є загостреним аж до ступеню вчинення злочинів. На превеликий жаль це виявилось помилкою. В основі цієї помилки, як вбачається, перебувала (і перебуває), недооцінка ролі кримінально-політичної правосвідомості та її складових – кримінально-політичної психології та кримінально-політичної ідеології. Наш противник, на відміну від нас, врахував їх важливість і протягом достатньо тривалого часу, як це зараз стає відомим, здійснював активні дії щодо «переналаштування» і посилення

антиукраїнської кримінально-політичної правосвідомості серед достатньо широких верств громадян України, особливо у тих регіонах які протягом багатьох рокі були об'єктом фактичної русифікації.

Зрозуміло, що для формування того чи іншого типу свідомості, у тому числі і правосвідомості повинна існувати відповідна база, відповідне середовище готове її сприймати. Така база готувалась росією в Україні протягом багатьох років на підставі розробленої в надрах спецслужб агресора стратегії.

Почнемо зі спроби проаналізувати цю діяльність росії, яку ми позначаємо терміном «русифікації України».

Не поглинаючись в багатовікову історію взаємовідносин колишньої московської держави, а пізніше російської імперії з Україною, яка перенасичена спробами знищення усього українського починаючи від історії та мови і закінчуючи актами прямого організованого геноциду, зупинимось коротко лише на фактах, що мали місце у ХХ ст.

Демографічні втрати України в наслідок Громадянської війни, Голодоморів (1921-1923, 1932-1933, 1946-1947 рр.), Великого терору, Другої світової війни склали за різними оцінками до 17 млн. громадян. І після кожного чергового етапу знищення населення України перед урядом СРСР повставало питання відновлення населення одному з основних регіонів країни який був і житницею і енергетичним хабом СРСР. З метою вирішення проблем було обрано доволі простий спосіб який давав змогу вирішення ряду питань від економічних до політичних. Серед останніх першим була русифікація України. Проблема вирішувалась за рахунок масового переселення росіян у Східні та Південні регіони України. Ми не маємо у своєму розпорядженні повних даних щодо переселення в України з росії за весь час існування СРСР, але, враховуючи показники втрат українського населення, які показані вище, можна визнати, що вини вираховуються у десятки мільйонів.

Зрозуміло, що усі переселенці об'єктивно, не розривали своїх зв'язків з власною батьківщиною, і хоча й переймали деякі елементи культури українців, вони продовжували відчувати свої генетичні зв'язки із росією і сприймати саме її як батьківщину. Зрозуміло, що така ситуація створювала родючий ґрунт для організації ідеологічної агресії.

Що торкається Криму, то тут діяли інші процеси, що обумовили відсутність реальних тісних генетичних зв'язків населенні з Україною. До 1954 р. він взагалі перебував у складі росії і те, що могло би бути позначене як «українськість» практично мало поширювалась на його територію. До Другої світової війни у Криму проживали росіяни, кримські татари, українці, євреї, німці та представники інших народів. Внаслідок репресій сталінського та німецького режимів, бойових дій та ін., населення Криму за період 1941 по 1944 рр. зменшилось

із 1 млн 126 тис. осіб, до 379 тис. осіб [1]. Втрати населення заміщувались вже відомим шляхом – плановим переселенням в основному з регіонів росії, а також за рахунок самостійного переселення в Крим з різних регіонів СРСР. Таким чином повоєнний склад населення півострова формувався здебільшого за рахунок пришлого неукраїнського населення, що також утворило базу для проведення його антиукраїнської ідеологічної обробки. До цього також слід додати, що Крим був базою Чорноморського флоту СРСР і був перенасичений військами інших видів і родів військ. Відповідно до чинного у СРСР законодавства офіцери і прапорщики після виходу на пенсію за вислугою років мали право обрати для проживання будь-який регіон країни. Більшість з них залишалась у Криму. До них долучались у великій кількості демобілізовані що проходили службу з усієї країни. Це утворювало базу для антиукраїнської діяльності враховуючи вплив у Збройних силах СРСР політичної пропаганди на свідомість військовослужбовців.

Звичайно що в часи існування СРСР ніхто не міг і помислити про можливість і потребу використання цієї бази. Однак після розвалу СРСР і проголошення незалежності України ідея відриву ряду її регіонів і приєднання їх до росії стала опрацьовуватися у відповідних колах російського політикуму. При цьому використовувались як методи, що були відомі ще спецслужбами СРСР, так і нові, вироблені вже в спецслужбах сучасної росії.

Якщо говорити про методи ще радянського КДБ то вони, в основному, полягали на формуванні прошарку проросійського налаштованих осіб серед політично значущих депутатів Верховної Ради, офіцерів Збройних сил України, силових структур, інтелігенції, представників ЗМІ, бізнесу. Саме вони повинні були просувати ідеї «руського миру» в Україні. За основу у цьому випадку була прийнята розроблена ще у США 30-ті роки ХХ ст. теорія американського дослідника Теодора Ньюкомба, який досліджував механізми формування політичних уподобань. Саме на базі його висновків КДБ СРСР була розроблена програма проросійських впливів на політикуми країн яка здійснювалась на підставі таємної директиви про створення при посольствах СРСР секретних відділів під назвою «Група досліджень і контрпропаганди». В наслідок реалізації схожої програми стосовно України (на підставі поки що достатньо розрізнених фактів можна з переконливістю стверджувати, що така програма була створена в росії ще на початку 90-х років минулого століття і ми отримуємо підтвердження цьому після перемоги), в Україні до 2014 р. була створена розгалужена сітка проросійської спрямованості. Були утворені різноманітні структури – партія «Родіна» в Одесі, «Русское единство» у Криму і т.д. Як сьогодні відомо усю антиукраїнську діяльність очолював В. Медведчук. Метастази цього проросли скрізь тіло усієї України і по сей день повністю не знищені.

Новітнім стало широке використання елементів культурного впливу. Екрани телевізорів заполонили створені у росії телесеріали які прославляли російські спецслужби, російську армію, акцентували увагу на дружбі народів у боротьби із фашизмом у другій світовій війні. Ефіри були «забиті» російськомовною попсою і т. под. Лише в Одесі існувало 6 телевізійних каналів, які фінансувались В. Медведчуком. На Сході, у Південному регіоні України українські школи були у меншості, а, наприклад, у Севастополі перша українська школа була відкрита лише у 2005 році.

Окремо слід звернути увагу на створення у Кримі мережі філій провідних московських ВИШів, які в основному готували фахівців з гуманітарних спеціальностей – істориків, соціологів, вчителів російської мови та літератури. Готувався «бойовий ідеологічний загін» впровадження в Україну «російського міру».

Можна наводити ще багато прикладів фактичної довготривалої ідеологічної диверсії росії проти України запланованим наслідком якої мало бути формування в українському суспільстві проросійської ідеології яка отримала назву «руський мір» який являє собою «глобальний культурно-цивілізаційний феномен, що складається з Росії як материнської держави та російського зарубіжжя, що об'єднує людей, які незалежно від національності відчувають себе росіянами, є носіями російської культури і російської мови, духовно пов'язані з Росією і небайдужі до її справ і долі». Саме слово «мір» у цьому контексті означає не суто «світ», а й «світське життя», «простір» тощо»[2]. Впровадженням цієї ідеології займається спеціальний фонд створений В. Путіним ще у 2007 р. Основним партнером цього фонду в Україні є Всеукраїнська координаційна рада організацій російських співвітчизників, до якої входить понад 140 неурядових організацій, що займаються відстоюванням російської культури [2].

Ідеологія «руського міру» визнана в Україні як «рашизм», який по суті являє собою відповідний вид фашистської ідеології [3].

Ця ідеологія серед іншого передбачає формування у відповідному прошарку українського суспільства кримінально-політичної психологія яка являє собою відповідний комплекс правових емоцій, правових установок, правових почуттів, що формують відповідну правову волю. В наслідок активної діяльності країни-агресора, проведення нею розгалуженої мережі різноманітних акцій, які мали своїм адресатом ті групи населення які перебуваючи у громадянстві України не відчували свого генетичного зв'язку з Україною, у цьому середовищі була сформована відповідна кримінально-правова психологія яка у кінцевому сформувала антиукраїнську правову волю.

На основі такої сформованої кримінально-політичної психології офор-

мився і другий елемент кримінально-політичної правосвідомості – кримінально-політична ідеологія.

Ідеологія, як відомо, являє собою сукупність відповідних теорій, доктрин, поглядів та т. ін., Нас цікавитиме лише та її частина яка торкається ідеології кримінально-правової боротьби із посяганнями на найбільш важливі соціальні цінності.

Слід одразу заявити, що якщо проблеми загальної правової ідеології у нас більш-менш є розроблені, то кримінально-правова, і, особливо, кримінально-політична ідеологія залишаються практично не дослідженими.

Кримінально-правова ідеологія це ідеологія кримінального закону та практики його реалізації, яке полягає як у виконання його вимог так і у його застосування уповноваженими органами.

Усі злочини, що вчиняються на базі цієї ідеології я пов'язані із вчиненням діянь у співпраці з агресором ми будемо визначати як *злочини колаборації* розуміючи це у двох аспектах – у широкому і вузькому, коли у широкому це сукупність усіх злочинів, які тим чи іншим чином пов'язані із співпрацею з ворогом, а у вузькому – діяння передбачені ст. 111^1 КК «Колабораційну діяльність».

Якщо говорити про злочинну колаборацію у вузькому змісті, то сьогодні лише за вчинення злочинів передбачених ст.111^1 КК порушено біля 7 тисяч кримінальних проваджень.

А якщо вести мову про колаборацію у широкому розумінні цього терміну (ст. ст.111^2, 114^2, 436^2, 109-111, 258^3, 260 та ін.), то кількість порушених кримінальних проваджень сягає 50 тисяч. А загальний показник у кінцевому сягатиме сотень тисяч. Ці показники будуть збільшуватися щоденно. Тільки чат-боті «у-Ворог» (@vorog.bot) цифрового порталу «Дія» на сьогодні розміщено більше 10 тисяч заяв про вчинення колабораційних злочинів які ще не отримали правової оцінки.

Як нам слід характеризувати кримінально-правову ідеологію цієї групи осіб? По сей день у кримінально-політичний науці не робилось спроб такого визначення.

Кримінально-політична ідеологія, що сформована в аналізованому середовищі на базі фактично антиукраїнської кримінально-політичної психології, базується на ідеології «руського міру», яка не визнає самостійності України як держави, українського народу як самостійної і самобутньої національно-етнічної єдності. Звичайно така кримінально-політична ідеологія не сприймала встановлення кримінальної відповідальності за співпрацю з росією.

Запропонуємо так і називати цю ідеологію «кримінально-політична ідеологія руського міру». Вважаємо що вона основана на догматі примату усього

руського як вищого прояву людської цивілізації. Ця ідеологія не визнає злочинною антиукраїнську діяльність, а навпаки вважає злочинними будь-які посягання на суспільні відносини, цінності та інтереси країни-агресора. Ця ідеологія виправдовує вчинення злочинів проти України та українців, при чому не тільки за вчинення діянь спрямованих на протидію агресії і агресорам, а і за вчинення загальнокримінальних посягань проти життя, здоров'я, статевої недоторканості власності та т. ін.

Носії цієї правосвідомості вважають, що співпраця з Росією корисна як для них самих, так і для оточуючих, а також для України і не може бути визнана злочинною діяльністю. І, нажаль таких громадян в нашій країні доволі багато.

Такий загально не дуже втішний висновок з проведеного аналізу може бути зроблений сьогодні. При цьому слід підкреслити, що ідеологічна обробка росією населення України продовжується і сьогодні. Так навіть зараз в Одесі без великих зусиль можна дивитись канали російського телебачення перенасиченого ідеологічним и програмами антиукраїнської спрямованості. Те саме можна сказати і про регіони Сходу. При цьому українська контрпропаганда далеко не завжди демонструє гідну відповідь. До того ж вона у більшості спрямована на ту частину населення яка підтримує незалежність України, активно бере участь у супротиві агресорові.

Важливе місце у протидії формуванню і поширенню кримінально-політичної ідеології «руського міру» є боротьба із впливами на свідомість яку здійснюють представники РПЦ МП. Потужні можливості церкви у формуванні свідомості давно і добре відомі. Їх широке використанні агресором протягом багатьох років суттєво вплинуло на формування кримінально-політичної ідеології «руського міру» в Україні, враховуючи, до того ж, її територіальну дислокацію.

Не менш важливим є протидія російського впливу який здійснюється через соціальні мережі. Як відомо саме через них поширюються антиукраїнські наративи, що безпосередньо впливають на правосвідомість, формують негативне ставлення до практики української боротьби зі злочинністю.

Список використаних джерел.

1. Як змінювався національний склад населення Криму у другій половині XX ст. URL: http://surl.li/ikami
2. «Руський мір» як технологія. URL: http://surl.li/pibio
3. Постанова про Заяву Верховної Ради України «Про визначення існуючого в Російській Федерації політичного режиму як рашизму та засудження його ідеологічних засад і суспільних практик як тоталітарних та людоненависницьких». URL: http://surl.li/pibgq

Черенега А. П.
кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри публічного права
Факультету права та міжнародних відносин
Київського університету імені Бориса Грінченка
м. Київ

ДОБРОЧЕСНІСТЬ В СУДОВІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

За даними соціологічних досліджень, зокрема «Барометр Світової Корупції–2013» (*Global Corruption Barometer) від Transparency International та Gallup International Association*, 66 % українців визначили найкорумпованішою сферою держави – судову владу; подібні результати продемонстрували дослідження Українського центру економічних і політичних досліджень імені Олександра Разумкова у 2014 р. – судову владу вважають найбільш корумпованою сферою, 47 % українців вважають, що у ній корупцією охоплено все. За даними Світового Індексу Правосуддя (*World Justice Project – Rule of Law Index*), Україна за показником «відсутності корупції в судовій системі» зайняла 94 місце з 99 проаналізованих країн [1; 2]. Європейська комісія у висновку щодо заявок на членство в Європейському Союзі, поданих Україною, Грузією та Республікою Молдова від 17.06.2022 зазначила, що Україна досягла значного прогресу на шляху доверховенства права, проте подальша боротьба з корупцією залишається однією з основних вимог суспільства. Низькі темпи реалізації антикорупційної політики в Україні суттєво сповільнюють її економічне зростання. Поширеність корупції та недовіра до судової системи є основними перешкодами для залучення в Україну іноземних інвестицій [3].

Після проведеної, так званої люстрації, державних службовців та посадових осіб публічної сфери управління протягом 2014 р., запровадження нової судової та правоохоронної реформи, професійна етика та доброчесність стали основними критеріями для добору нових / атестації старих кадрів суддівського корпусу. Відповідні вимоги передбачені у ст.127 Конституції України, ст.69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та ст. 1 Закону України «Про Вищу раду правосуддя». Проте в жодному з перелічених профільних законів поняття доброчесності не визначене. Лише в липні 2021 р. законодавець виклав ст. 95 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» в новій редакції та додав ст.9-1 в Закон України «Про Вищу раду правосуддя», намагаючись окреслити критерії доброчесності кандидатів на посади членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів (*далі – ВККС*) і Вищої ради правосуддя (*далі – ВРП*). В п. 21 та п.16 відповідних законів доброчесність вимірюється незалежністю, чесністю, неупередженістю, непідкупністю, сумлінністю, дотриманням етичних норм та демонстрацією бездоганної поведінку в професійній діяльності та особистому житті, відсутністю сумнівів щодо законності джерел походження майна, відповідністю рівня життя кандидата або членів його

сім'ї задекларованим доходам, відповідністю способу життя кандидата його статусу [4; 5; 6]. Відповідні критерії відображені і в новій Методології доброчесності та професійної компетентності, затвердженої Конкурсною комісією від 21.01.2022. Де кандидат на посаду члена ВККС вважається таким, що відповідає критерію доброчесності, якщо він є незалежним, чесним, неупередженим, непідкупним, сумлінним, пристойним, дотримується етичних норм та демонструє бездоганну поведінку у професійній діяльності та особистому житті, а також якщо немає сумнівів щодо законності джерел походження його майна, відповідності рівня життя кандидата або членів його сім'ї задекларованим доходам, відповідності способу життя кандидата його статусу [7].

Кодекс суддівської етики також не містить визначення доброчесності, термін чесність там вживається тільки раз – в ст.1 «Суддя повинен бути прикладом неухильного додержання вимог закону і принципу верховенства права, присяги судді, а також дотримання високих стандартів поведінки з метою зміцнення довіри громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду» [8]. Витоки суддівської доброчесності містяться в Бангалорських принципах поведінки суддів від 19.05.2006, в яких Економічна та Соціальна Ради ООН, беручи до уваги Загальну декларацію з прав людини та Міжнародний пакт про громадянські і політичні права – гарантують надання в рівній мірі кожній особі права на своєчасний розгляд її справи незалежним та компетентним судом, на засадах справедливості та безсторонності, на відкритому судовому засіданні у встановленому законом порядку; довіра суспільства до судової системи, а також до авторитету судової системи полягає в питаннях моралі, чесності та непідкупності судових органів посідає першочергове місце в сучасному демократичному суспільстві. Чесність та непідкупність є необхідними умовами для належного виконання суддею своїх обов'язків. Спосіб дій та поведінка судді мають підтримувати впевненість суспільства в чесності та непідкупності судових органів. Недостатньо просто чинити правосуддя, потрібно робити це відкрито для суспільства [9]. Рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів, відповідний критерій, був відображений у Положенні що визначає порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання судді (кандидата на посаду судді) від 03.11.2016 за № 143/зп-16.[3] Це

3 Відповідність судді критерію доброчесності оцінюється (встановлюється) за такими показниками: відповідність витрат і майна судді та членів його сім'ї задекларованим доходам; відповідність способу життя судді та членів його сім'ї задекларованим доходам; відповідність поведінки судді іншим вимогам законодавства у сфері запобігання корупції; наявність обставин, передбачених підпунктами 9–12, 15–19 частини першої ст. 106 Закону України «Про судоустрій та статус суддів»; наявність фактів притягнення судді до відповідальності за вчинення проступків або правопорушень, які свідчать про недоброчесність судді; наявність незабезпечених зобов'язань майнового характеру, які можуть мати істотний вплив на здійснення правосуддя суддею. Загальна оцінка інтегративності (доброчесності) має відбуватися за такими складовими: чесність і порядність; контрпродуктивна поведінка; схильність до зловживань.

була перша спроба органів суддівського самоврядування вирішити проблему із змістовним наповненням принципу суддівської доброчесності.

Особлива увага з боку суддів до вимоги доброчесності стала прикутою саме після прийняття, у 2016 р., нового Закону України «Про судоустрій та статус суддів». Відповідно до статей 61 та 62 цього Закону судді мають заповнювати / подавати декларації доброчесності та родинних зав'язків протягом 1–31 січня кожного року. У зв'язку з перезавантаженням судової системи та прийняттям нового законодавства про національні суди, фактична кількість суддів у судах України, станом на 2021 рік становила 5 327 при визначеній кількості 7 304, повноваження мали 4 954 судді [10]. На початку 2023 р. не вистачало 2,5 тис. суддів [11]. Така ситуація у сфері судової влади склалася через те, що 30 % суддів не пройшли перевірку доброчесністю. Апелюючи до ВРП та ВККС – судді / кандидати у судді, яких позбавили таких повноважень або не пройшли випробовування доброчесністю наголошують на тому, що «доброчесність», як поняття чи категорій нове для юридичної науки, не досліджене і залишається загальною категорією. А в національному законодавстві питання доброчесності взагалі виглядає розмитим і неоднозначним. Так, Велика Палата ВС у своїй постанові від 10.11.2022 у справі №9901/355/21 визначає «доброчесність, як позитивну моральну якість, зумовлену свідомістю і волею людини, яка є узагальненою стійкою характеристикою людини, її способу життя, вчинків; якістю, що характеризує готовність і здатність особистості свідомо і неухильно орієнтуватись у своїй діяльності та поведінці на принципи добра і справедливості» [12].

До кінця 2023 р. кількість вакансій може збільшитися, оскільки станом на листопад 2023 р. ВККС має оцінити ще майже 2 000 суддів. Таке оцінювання повинні пройти 1 884 судді місцевих та апеляційних судів з усієї України. Комусь доведеться цю процедуру розпочинати зі складення іспиту (109 осіб), а переважна більшість (1 775 осіб) допущені до другого етапу – дослідження досьє та проведення співбесіди [13].

Задля того щоб українські судді були компетентними та доброчесними і тим самим виправдали довіру в українського суспільства та міжнародних організацій, органи, відповідальні за кадрові питання в судах, також мають відповідати цим двом вимогам. Так додатковим важливим інститутом реалізації судової реформи стало створення Етичної ради, яка покликана встановити відповідність кандидата на посаду члена ВРП критеріям професійної етики та доброчесності. Етична рада була сформована в липні 2021 р. До її складу ввійшли діючі представники та у відставці національних і іноземних судових, правоохоронних органів [14]. У 2023 році ВККС вже оголосила про проведення конкурсів на посади суддів місцевих судів, суддів апеляційних судів, суддів ВАКС та Апеляційної палати ВАКС. У ВРП заявили про необхідність розробки єдиних критеріїв доброчесності та

професійної етики суддів і кандидатів на посади суддів, які зможуть одночасно використовувати ВРП, ВККС та Громадська рада доброчесності. Як зазначив заступник голови ВРП Дмитро Лук'янов, настав час виробити універсальний підхід до визначення доброчесності суддів та кандидатів на посади суддів всіма суб'єктами, які беруть участь у відповідних конкурсних процедурах та здійснюють оцінювання доброчесності [15].

Список використаних джерел:

1. Барометр світової корупції-2013. URL: http://surl.li/phret
2. Засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки, затверджена Законом України «Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014–2017 роки» від 14.10.2014. *Голос України* від 25.10.2014. № 06.
3. Антикорупційна стратегія на 2021–2025 роки, затверджена Законом України «Про засади державної антикорупційної політики на 2021–2025 роки» від 20.06.2022. *Офіційний вісник України.* 2022. № 56. ст. 3272.
4. Конституція України від 28.06.1996. Відомості Верховної Ради України, 1996, № 30, ст. 141.
5. Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 02.06.2016. Відомості Верховної Ради, 2016, № 31, ст.545.
6. Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21.12.2016. Відомості Верховної Ради, 2017, № 7-8, ст.50.
7. На сайті ВРП розміщені документи, затверджені Конкурсною комісією з відбору членів ВККС. URL: http://surl.li/phrex
8. Кодекс суддівської етики: Затверджений XI черговим з'їздом суддів України від 22.02.2013. Вісник Верховного суду України від 03.2013-2013. № 3, стор.27
9. Бангалорські принципи поведінки суддів: Схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН від 27.07.2006, № 2006/23. URL: http://surl.li/mqdhv
10. 2021 рік: звільнений 61 суддя, призначено – 11. URL: http://surl.li/phrfh
11. В Україні не вистачає приблизно 2,5 тис. суддів, - суддя Верховного суду Гудима. URL: http://surl.li/phrfk
12. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 10.11.2022 у справі №9901/355/21. URL: http://surl.li/phrfq
13. В Україні відновлюються перевірки суддів на доброчесність. URL: http://surl.li/phrft
14. Президент вітає призначення першого складу Етичної ради як надзвичайно важливий етап в успішній реалізації судової реформи. URL: http://surl.li/phrga
15. Вища рада правосуддя, ВККС та ГРД мають погодити та застосовувати єдині критерії доброчесності судді – ВРП. URL: http://surl.li/phrgg

РОЗДІЛ ІІ. ПРОТИДІЯ КОРУПЦІЙНИМ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ В УМОВАХ ВІЙНИ

Горох О. П.,
доктор .юридичних наук, доцент
адвокат, доцент кафедри кримінального та
кримінального процесуального права
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»,
м. Київ

ВИКРИВАЧ VS ПРОВОКАТОР (СПРАВИ ПРО ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ)

1. Поняття «викривач» та «провокатор». Поняття «викривач» визначено в національному антикорупційному законодавстві. Викривач – це фізична особа, яка за наявності переконання, що інформація є достовірною, повідомила про можливі факти корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, вчинених іншою особою, якщо така інформація стала їй відома у зв'язку з її трудовою, професійною, господарською, громадською, науковою діяльністю, проходженням нею служби чи навчання або її участю у передбачених законодавством процедурах, які є обов'язковими для початку такої діяльності, проходження служби чи навчання (ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції»).

Поняття «провокатор» прямо не визначено в національному законодавстві. У КК міститься поняття «провокація підкупу», під яким розуміються дії службової особи з підбурення особи на пропонування, обіцянку чи надання неправомірної вигоди або прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання такої вигоди, щоб потім викрити того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду (ст. 370 КК). Своєю чергою підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення (ч. 4 ст. 27 КК).

У кримінальному процесуальному законодавстві встановлено заборону під час підготовки та проведення заходів з контролю за вчиненням злочину провокувати (підбурювати) особу на вчинення цього злочину з метою його подальшого викриття, допомагаючи особі вчинити злочин, який вона би не вчинила, якби слідчий цьому не сприяв, або з цією самою метою впливати на її поведінку насильством, погрозами, шантажем (ч. 3 ст. 271 КПК).

З урахуванням наведених положень поняття «провокатор» в аспекті досліджуваної проблематики може бути визначено таким чином.

Провокатор – це фізична особа (приватна чи службова), яка умовлянням,

підкупом, погрозою, примусом, шантажем або іншим чином схилила службову особу на прийняття пропозиції, обіцянки чи одержання неправомірної вигоди, щоб потім викрити того, хто прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду.

Варто зазначити, що спроби визначити поняття провокації кримінального правопорушення зроблені і Робочою групою з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України, що здійснює розробку проєкту нового КК. Це поняття визначено в ст. 2.7.4. Проєкту.

«Розділ 2.7. Співучасть у кримінальному правопорушенні

Стаття 2.7.4. Провокація кримінального правопорушення

1. Провокацією кримінального правопорушення є спонукання особи до вчинення злочину або проступку з метою її викриття перед органами правопорядку.
2. Особа, яка спровокувала вчинення кримінального правопорушення, підлягає кримінальній відповідальності як за підбурювання до його вчинення.
3. Вчинення особою кримінального правопорушення внаслідок провокації не виключає застосування до неї кримінально-правових засобів.
4. Не визнається провокацією злочину виявлення прокурором чи службовою особою органу правопорядку вже існуючого в особи наміру на вчинення певного злочину і надання їй можливості його вчинити під здійснюваним відповідно до закону контролем прокурора чи органу правопорядку.

2. Процесуальний тест на предмет провокацію злочину. Початок досудового розслідування у кримінальних провадженнях про одержання неправомірної вигоди (ст. 368 КК) в абсолютній більшості випадків починається після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення. Така заява може бути подана, зокрема, і викривачем.

Аналіз судової практики у справах про одержання неправомірної вигоди засвідчує, що під час судового розгляду справ про одержання неправомірної вигоди сторона захисту доволі часто заявляє суду про те, що докази, покладені в основу обвинувачення, отримані стороною обвинувачення внаслідок провокації з боку правоохоронних органів, що відповідно до ч. 3 ст. 271 КПК, тягне їх недопустимість.

У своєму розвинутому прецедентному праві з питань дослідження провокації злочину Європейський суд з прав людини (*далі – ЄСПЛ*), як відомо, розробив критерії щодо відмежування провокативної поведінки правоохоронних органів (та їх агентів), що суперечить ст. 6 § 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, від дозволеної поведінки під час застосування законних таємних методів у кримінальних розслідуваннях (матеріальний та процесуальний). Обов'язок дотримання процесуального тесту

на провокацію злочину вимагає від національного суду, зокрема, дослідити:

1) чому була розпочата таємна операція;

2) який рівень участі правоохоронних органів у вчиненні злочину

3) який характер будь-якої провокації вчинення злочину або тиску, якого зазнав заявник (§ 44–46 рішення ЄСПЛ у справі «Чохонелідзе проти Грузії»).

3. Проблеми-парадокси у справах про провокацію кримінального правопорушення. Судова практика у справах про одержання неправомірної вигоди багата на виправдувальні вироки (ухвали про направлення справи на новий судовий розгляд) у зв'язку не доведеністю вини осіб, які вчинили певні дії внаслідок провокації. У таких справах суди, як правило, визнають недопустимими доказами речі та документи, здобуті внаслідок провокації.

Водночас судова практика абсолютно бідна (можна сказати «в злиднях») на обвинувальні вироки у справах про провокацію злочину.

Яка причина цього парадоксу? Шукаючи відповідь у цьому питанні, припускаю, що правоохоронні органи не бажають здійснювати досудове розслідування у справах про провокацію злочину.

4. Дослідження провокації злочину у практиці ВС та ВАКС.

Розглядаючи справи про одержання неправомірної вигоди, ВС у своїх окремих рішеннях вже сформував позицію щодо того, що має досліджувати суд розмежовуючи законну на провокативну поведінку:

Так, у постанові від 12.05.2021 у справі № 750/10362/17 ВС чи не вперше наголосив на необхідності дослідженні таких обставин:

1. Чи існували об`єктивні підозри в тому, що обвинувачений був причетним до злочинної діяльності або схильним до вчинення кримінального правопорушення;
2. В який момент була залучена особа до конфіденційного співробітництва: до першої зустрічі з посадовцями (що може свідчити про провокацію) або після того, як посадові особи висунули їй вимоги щодо отримання неправомірної вигоди;
3. Хто був ініціатором зустрічей – першої та подальших;
4. Чи носили дії органів правопорядку пасивний характер коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діяли за їхніми вказівками, з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів протиправної діяльності, впливали на суб`єкта, схиляючи його до вчинення злочину, який в ншому випадку не був би вчинений;
5. Чи була особа, яка залучена до конфіденційного співробітництва, залежною від правоохоронних органів.

ВАКС при перевірці заяв захисту щодо провокації злочину, як правило,

з`ясовує (наприклад, вирок ВАКС від 04.02.2022 у справі № 623/2988/18, вирок ВАКС від 06.12.2021 у справі № 477/1668/18):

(1) чи існувала на першочерговому етапі у правоохоронних органів об`єктивна підозра, що особа займається злочинною діяльністю або схильна до вчинення злочину;

(2) чи були підстави для початку детективом Національного антикорупційного бюро України кримінального провадження стосовно службової особи;

(3) чи мала особа, яка повідомила про корупційні дії службової особи будь-які приховані мотиви;

(4) чи обґрунтовано та під контролем застосовано негласні слідчі (розшукові) стосовно обвинуваченого;

(5) яка була поведінка викривача та обвинуваченого під час їх зустрічей;

(6) який рівень участі правоохоронних органів у вчиненні обвинуваченим кримінального правопорушення (активність/пасивність).

При цьому заслуговує позитивної оцінки встановлення ВАКС у вироку від 14.06.2023 при розгляді справи № 991/7682/21 факту провокації одержання неправомірної вигоди під час проведення досудового розслідування.

Наслідком встановлення судом факту провокації одержання неправомірної вигоди судом визнано необґрунтованим висунуте обвинувачення в частині фактичного одержання ОСОБА_11 неправомірної вигоди в особливо великому розмірі (150 000 дол. США). Проте ОСОБА_11 була засуджена за прохання надати їй неправомірну вигоду в особливо великому розмірі для себе за вчинення в інтересах третьої особи дії з використанням службового становища (ч. 4 ст. 368 КК).

5. Викривач VS Провокатор: критерії розмежування

На підставі аналізу практики ЄСПЛ та вітчизняної судової практики можна сформулювати щонайменше 30 ознак, що можуть свідчити про те, що викривач насправді є провокатором:

1. Критерії, що стосуються особистої характеристики «викривача»:

1) негативна характеристика (репутація) «викривача» (наявність початих досудових розслідувань у кримінальних провадженнях або засудження за завідомо неправдиві показання, обман, шахрайство);

2) залежність «викривача» від правоохоронних органів (наявність початих досудових розслідувань або засудження «викривача» за різні кримінальні правопорушення);

3) співробітництво «викривача» при розслідуванні інших кримінальних проваджень, зокрема і щодо одержання неправомірної вигоди;

2. Критерії, що стосуються професійної характеристики «викривача»:

4) не зайняття «викривачем» видом діяльності (трудової, професійної, господарської, громадської, наукової чи проходження служби чи навчання або участь у передбачених законодавством процедурах), під час якої постало питання про одержання неправомірної вигоди;

5) зайняття «викривачем» незаконною діяльністю, в межах якої ним надається неправомірна вигода службовій особі

3. Критерії, що стосуються відносин «викривача» та службової особи (приховані мотиви викривача):

6) наявність у «викривача» боргових зобов'язань перед службовою особою (чи її близьких родичів);

7) наявність конфліктних відносин між «викривачем» та службовою особою;

4. Критерії, що стосуються відносин «викривача» та третьою особи, в інтересах якої він діє:

8) необізнаність (незацікавленість) третьої особи, в інтересах якої діє «викривач», в наданні неправомірної вигоди службовій особі

9) ненадання третьою особою, в інтересах якої діє викривач, будь-яких письмових документів;

10) припинення викривачем після «викриття» службової особи контактів з третьої особи, в інтересах якої він діяв;

5. Критерії, що стосуються поведінки «викривача» та правоохоронців на початку кримінального провадження:

11) встановлення «викривачем» контакту із службовою особою щодо якої відсутні об'єктивні підозри у її причетності або схильності до злочинної діяльності;

12) подача «викривачем» до правоохоронних органів заяви про злочин до висунення службовою особою прохання (вимагання) неправомірної вигоди;

13) залучення «викривача» до конфіденційного співробітництва до першої зустрічі зі службовою особою;

6. Критерії, що стосуються поведінки «викривача» та правоохоронців під час реалізації контролю за вчиненням злочину:

14) прояв викривачем ініціативи у першому контакті зі службовою особою;

15) прояв викривачем ініціативи у подальших контактах зі службовою особою без домовленостей про це;

16) наполегливо звернення викривача до службової особи з приводу можливості вирішення його проблеми в незаконний спосіб;

17) визначення викривачем розміру неправомірної вигоди службовій особі;

18) визначення «викривачем» умов (часу, місця, способу) надання неправомірної вигоди службовій особі;

19) визначення «викривачем» осіб, через яких буде передаватися неправомірна вигода службовій особі;

20) неодноразові нагадування «викривачем» про пришвидшення вирішення питання на його користь;

21) поновлення «викривачем» пропозиції в одержанні неправомірної вигоди, незважаючи на попередню відмову службової особи її отримати;

22) прагнення «викривача» у спілкуванні зі службовою особою продемонструвати дружні з ним відносини;

23) використання «викривачем» спеціальної термінології під час спілкування зі службовою особою;

24) використання «викривачем» спеціальних мовних прийомів під час спілкування зі службовою особою;

25) використання «викривачем» під час спілкування зі службовою особою спеціальних месенджерів;

7. Критерії, що стосуються поведінки «викривача» під час судового розгляду:

26) забудькуватість «викривача» під час надання показань в суді;

27) надання «викривачем» свідчень, що суперечать іншим доказам;

28) прагнення «викривача» приховати контакти з правоохоронцями, що брали участь у досудовому розслідуванні кримінального провадження;

8. Критерії, що стосуються поведінки правоохоронців:

29) надання «вказівок» викривачу підбурювати службову особи до одержання другої частини неправомірної вигоди, не дивлячись на те, що контроль за вчиненням злочину після передачі першої частини неправомірної вигоди був завершений;

30) ігнорування правоохоронцями, що проводять досудове розслідування, заяв підозрюваної службової особи про провокацію злочину та не вчинення дій, спрямованих на повне та об'єктивне розслідування кримінального провадження.

Дем'як П. Ю.,
аспірант Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України

ВИХІД ЗА МЕЖІ НАДАНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ ПУБЛІЧНОЮ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ, ЩО СПРИЧИНИЛО ІСТОТНУ ШКОДУ: ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ

Проблемою, яка підлягає вирішенню на доктринальному та правозастосовному рівнях, є кримінально-правова кваліфікація дій публічної службової особи, яка, перевищивши надані законом повноваження, спричинила істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб (далі – істотна шкода). Адже Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21.02.2014 № 746-VII було обмежено коло тих осіб, які можуть бути суб'єктом перевищення влади або службових повноважень. І якщо до моменту набрання чинності вказаним Законом ним могла бути будь-яка публічна службова особа, то починаючи з моменту набрання ним чинності лише працівник правоохоронного органу. Відповідно й на сьогодні досить гостро постає питання, як слід кваліфікувати дії публічної службової особи (не працівника правоохоронного органу), який перевищив надані законом повноваження, спричинивши тим самим істотну шкоду.

Як відомо, зловживання владою або службовим становищем – це умисне, з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби (ч. 1 ст. 364 КК), а перевищення влади або службових повноважень – це умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень (ч. 1 ст. 365 КК).

Після обмеження кола суб'єктів злочину у ст. 365 КК дискусійним у теорії кримінального права є питання: чи може зловживання полягати у виході особи за межі своїх повноважень. Тобто чи тотожне зловживання перевищенню. Наприклад, на думку П. П. Андрушка та А. А. Стрижевської, перевищення влади або службових повноважень є різновидом зловживання владою або службовим становищем [1, с. 244]. Погоджується з таким підходом О. К. Марін, на думку якого діяння, які традиційно розумілися як «перевищення влади чи службових повноважень», охоплюються зловживанням, і вчинення їх залежно від суб'єкта повинно кваліфікуватися або за ст. 364 КК чи ст. 364-1 КК [2, с. 100].

Іншої думки притримується М. І. Хавронюк, який пише про те, що у разі перевищення влади не працівником правоохоронного органу, а іншою публічною службовою особою, може потягнути настання адміністративної, дисциплінарної та цивільно-правової відповідальності, але не кримінальної [3]. Підтримує такий підхід М.-М. С. Яциніна, яка шляхом як історичного, так і буквального тлумачення чинних диспозицій статей про зловживання та перевищення, також зазначає, що «в диспозиціях ч. 1 ст. 364 та ч. 1 ст. 364-1 КК немає вказівки на ознаки, що характеризують перевищення, а тому немає нормативної підстави кваліфікувати перевищення як зловживання». На думку цієї вченої, зловживання як кримінально каране діяння є видом зловживання правом, для якого характерно те, що для того, аби зловживати правом, особа повинна бути ним наділена. Пише ця дослідниця й про декриміналізацію перевищення у КК [4, с. 10, 154].

Останній підхід має теоретичне підґрунтя. Наприклад, О. О. Мілетич, яка здійснила комплексне теоретичне дослідження зловживання правом, вказує, що встановлення «межі здійснення права» та «обсягу права» можуть виступати кваліфікаційною складовою зловживання правом, зокрема у разі кваліфікації факту «зловживання посадовим становищем» та «перевищення владних повноважень». На її думку, «реалізація суб'єктом наданих йому прав має здійснюватись у межах правового поля, без порушення формального закону та в межах обсягу наданих прав, оскільки вихід за межі такого обсягу кваліфікуватиметься як перевищення прав (повноважень)», а самі поняття «зловживання владою (посадовим становищем)» та «перевищення влади (службових повноважень)» не є тотожними. «Зловживання владою або службовим становищем є використання особою влади або службового становища всупереч інтересам служби, що завдало істотної шкоди законним правам, охоронюваним інтересам інших осіб. У даному положенні вбачається використання конкретно визначеного обсягу наданих особі прав (повноважень) не за їх основним призначенням, усупереч інтересам служби», «обсяг наданих особі прав та обсяг прав, що були використанні особою зі злочинною метою, збігаються. Натомість перевищення влади або службових повноважень становить вчинення службовою особою дій, які явно виходять за межі наданих їй прав чи повноважень» [5, с. 88, 91, 165]. Такої ж думки дотримуються інші теоретики права (наприклад, Д. С. Бакаєв [6, с. 8]).

Попри авторитетність науковців, які підтримують другий підхід, вважаючи, що перевищення не охоплюється зловживанням та фактично не є кримінально-караним, якщо не вчиняється працівником правоохоронного органу, погодитися з ним не можемо. Таке розуміння об'єктивної сторони зловживання більшою мірою ґрунтується на постулатах позитивізму, ігноруючи здоровий глузд, природничі засади права загалом та кримінального права

зокрема. Окрім того, навіть застосування правил лінгвістичного тлумачення, а саме з'ясування значення слів «зловживання» та «перевищення» в українській мові вказує на те, що перевищення все ж можна відносити до підвидів зловживання. Так, «зловживати» в українській мові означає вживати, використовувати що-небудь на зло або шкоду комусь / користуватися чим-небудь у більшій, ніж належить, кількості [7], а «перевищення» – користуватися правами, повноваженнями більшою мірою, ніж дозволено за посадою, становищем і т. ін.; перевищити владу [8]. Тобто, в одному зі значень зловживання включає в себе перевищення. Тому й залишати на сьогодні поза сферою кримінально-правового реагування дії публічної службової особи, не працівника правоохоронного органу, щонайменше некоректно та не відповідає, зокрема й правилам лінгвістичного тлумачення кримінально-правових норм.

Підтвердження саме такого підходу знаходимо й у практиці ВС, який сформулював правовий висновок, обов'язковий для застосування судами під час розгляду та вирішення аналогічних випадків: зловживання владою або службовим становищем, передбачене відповідними частинами ст. 364 КК, охоплює своїм змістом як діяння, вчинені із використанням службового становища всупереч інтересам служби, що формально знаходяться в межах компетенції службової особи, так і явно виходять за межі її компетенції. Перевищення влади або службових повноважень службовою особою, яка не є працівником правоохоронного органу, є різновидом зловживання владою чи службовим становищем, передбаченого відповідними частинами ст. 364 КК [9].

Таким чином, вважаємо, шо на сьогодні є всі підстави відносити перевищення влади або службових повноважень до зловживання владою або службовими повноваженнями, а дії публічних службових осіб, які явно вийшли за межі наданої влади чи службових повноважень кваліфікувати за ст. 364 КК.

Список використаних джерел:

1. Андрушко П. П., Стрижевська А. А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика: навч. посіб. Київ: Юрисконсульт, 2006. 344 с.
2. Марін О. К. Потенційні проблеми застосування норм про злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг. *Забезпечення єдності судової практики у кримінальних справах в контексті подій 2013–2014 років в Україні:* мат-ли міжнар. симпозіуму (м. Київ, 24–25 жовт. 2014 р.). Київ. С. 98–102.
3. Науковий висновок М. І. Хавронюка щодо способу застосування Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законо-

давства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21.02.2014 № 746-VII. URL: http://surl.li/oulyo
4. Яциніна М.-М. С. Зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями за Кримінальним кодексом України (ст.ст. 364, 364-1, 365-2 КК України): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Львів. нац. ун-т ім. І. Франка, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Львів, 2021. 241 с.
5. Мілетич О. О. Зловживання правом: теоретико-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2015. 192 с.
6. Бакаєв Д. С. Концепція зловживання правом у правовій доктрині: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01; Запорізький нац. ун-т. Запоріжжя, 2013. 21 с.
7. Зловживати. Академ. тлумач. словник (1970–1980). Словник укр. мови в 11: Т. 3, 1972. С. 598. URL: http://surl.li/ouylc
8. Перевищувати. Академ. тлумач. словник (1970–1980). Словник укр. мови; в 11: Т. 6. 1975. С. 141. URL: http://surl.li/ouyma
9. Постанова Верховного Суду від 29.09.2021 у справі № 682/3004/15-к. URL: http://surl.li/ouyxu

Дубас В. М.,
доктор філософії в галузі права
суддя Вищого антикорупційного суду
м. Київ

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У РАЗІ ЗМІНИ СКЛАДУ СУДУ ТА ЇХ ПОДОЛАННЯ

Частина 1 ст. 318 КПК імперативно визначає, що судовий розгляд має бути проведений і завершений протягом розумного строку. Також про необхідність дотримання засади кримінального провадження «розумність строків» мовиться і в ст. 28 КПК.

Частиною 1 ст. 319 КПК встановлено, що судовий розгляд у кримінальному провадженні повинен бути проведений в одному складі суддів. Разом з тим, під час здійснення в суді кримінального провадження колегією суддів з найрізноманітніших причин об'єктивно може трапитися ситуація, за якої один суддя (або й два) має бути замінений іншим суддею. Такі ситуації пов'язані, наприклад, з відрядженням судді до Вищої кваліфікаційної комісії суддів, довгостроковою відпусткою в зв'язку з вагітністю та догляду за дитиною, мобілізацією, відставкою чи смертю тощо.

У ст. 319 КПК вказано, що «у разі якщо суддя позбавлений можливості брати участь у судовому засіданні, він має бути замінений іншим суддею…Після заміни судді судовий розгляд розпочинається спочатку». Втім, законодавець все ж таки надає право суду на прийняття вмотивованої ухвали про відсутність необхідності розпочинати судовий розгляд з початку та здійснювати повторно всі або частину процесуальних дій за певних умов, а саме – 1) якщо таке рішення не може негативно вплинути на судовий розгляд та за умови згоди сторін кримінального провадження й потерпілого, а також, якщо новий суддя ознайомився з матеріалами судового провадження та згоден з попередніми прийнятими судом процесуальними рішеннями; 2) або був наявний запасний суддя.

На моє переконання, постановлення такої вмотивованої ухвали сприятиме реалізації завдань кримінального провадження та дотриманню засад кримінального провадження.

Аналіз особистого практичного досвіду з розгляду питання про відсутність необхідності розпочинати судовий розгляд спочатку дав можливість виокремити такі аргументи на користь рішення щодо відсутності необхідності розпочинати судовий розгляд «наново»:

По-перше – «пряма вимога КПК» - в частинах 5, 6 ст. 28 КПК встановлено, що кожен має право, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк

або стало предметом судового розгляду, або щоб відповідне кримінальне провадження щодо нього було закрите. Підозрюваний, обвинувачений, потерпілий, інші особи, права чи інтереси яких обмежуються під час досудового розслідування, мають право на звернення до прокурора, слідчого судді або суду з клопотанням, в якому викладаються обставини, що обумовлюють необхідність здійснення кримінального провадження (або окремих процесуальних дій) у більш короткі строки, ніж ті, що передбачені цим кодексом.

Також ч. 1 ст. 283 КПК передбачено, що особа має право на розгляд обвинувачення проти неї в суді в найкоротший строк або на його припинення шляхом закриття провадження.

По-друге - «технічна можливість» - ст. 107 КПК, серед іншого, встановлено: 1) фіксування за допомогою технічних засобів кримінального провадження під час розгляду питань слідчим суддею, крім вирішення питання про проведення негласних слідчих (розшукових) дій, та в суді під час судового провадження є обов'язковим; 2) учасники судового провадження мають право отримати копію запису судового засідання, зробленого за допомогою технічного засобу.

З огляду на таке, ч. 2 ст. 319 КПК щодо встановлення певних умов можливості продовження судового розгляду виглядають архаїчними, оскільки не враховують факт та мету запровадження повного фіксування кримінального провадження за допомогою технічних засобів, яке спрямоване саме на досягнення завдань кримінального судочинства та захист прав як учасників судового провадження, так й будь-яких інших осіб.

Інакше є незрозумілим, для досягнення якої мети судова система України щороку витрачає гігантські кошти на технічне фіксування тисяч й тисяч судових засідань та зберігання їх записів. Адже, порівняно із раніше здійснюваним рукописним складанням протоколів судових засідань, їх звуко- та відеозапис містить незрівнянно повнішу інформацію - зокрема щодо повного відтворення словесної частини та розмовних і психологічних обставин судових засідань (що є абсолютно недоступним для письмового протоколу), - а відтак надає як судді, який замінив вибулого, так й будь-якому учаснику судового провадження (в тому числі при його заміні) можливість ознайомитись із повним попереднім перебігом судового провадження, що само по собі робить недоцільним необхідність повторного дослідження доказів та нове проведення раніше здійснених процесуальних дій.

По-третє – «конвенційні вимоги» - ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. визначає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрун-

тованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Аналіз вищенаведеного свідчить, що поняття «розумний строк» не тотожне здійсненню кримінального провадження будь-яким чином у найшвидший термін, оскільки розкриваючи зміст такого поняття закон використовує термін «найкоротший строк», що загалом є суб'єктивно оціночним поняттям, проте процесуальне законодавство очевидно вимагає високого стандарту дотримання такої засади кримінального провадження.

По-четверте - практика ЄСПЛ. Аналіз кількості звернень до ЄСПЛ засвідчив, що громадяни України найчастіше (близько 40% усіх звернень) звертаються до ЄСПЛ зі скаргами щодо надмірної тривалості розгляду цивільних та кримінальних справ, за результатами розгляду яких ЄСПЛ ухвалена ціла низка рішень проти України, де констатовано порушення статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року саме в контексті недотримання розумності строків.

Також ЄСПЛ зазначав, що використання засобів, доступних за національним законодавством, з метою захисту своїх інтересів не можна розглядати як обставину, що виправдовує довготривалий розгляд справи (наприклад, рішення в справах «Колесніков проти України» від 20.10.2011 (заява №697/07), «Федорова проти України» від 12.05.2011 (заява №1853/08), «Силін проти України» від 13.07.2006 (заява №23926/02), «Єфименко проти України» від 18.07.2006 (заява №55870/00), та на думку ЄСПЛ, таке є свідченням істотних недоліків системи кримінального обвинувачення. Водночас наприклад, у рішенні в справі «Вергельський проти України» від 12.03.2009 (заява №19312/06), ЄСПЛ позитивно відзначив заходи, вжиті судом першої інстанції щодо пришвидшення перебігу провадження, зокрема за допомогою забезпечення щільного графіка слухань і направлення нагадувань прокуратурі та експертам стосовно їхніх процесуальних стосовно їхніх процесуальних обов'язків.

По-п'яте – заборона «зловживання правом» – практично завжди, наполягаючи на судовому розгляді з початку, сторона захисту не наводить будь-якого раціонального обґрунтування необхідності такого та не називає жодної підстави, яка могла б виправдати необхідність проведення повного повторного судового розгляду, посилаючись винятково на своє формальне право, передбачене ч. 2 ст. 319 КПК, нехтуючи при цьому правом усіх інших учасників судового провадження на ненадмірну тривалість такого. Суд вважає таку позицію сторони захисту виявом зловживання процесуальними правами, вочевидь спрямованим на затягування судового провадження, яке вже тривало роками, з очевидною метою дочекатись закінчення строків давності за вчинення злочинів.

Заборона зловживання процесуальними правами є загальноправовим принципом і поширюється на всі галузі права (ухвала ВС від 30.05.2018

в справі № 676/7346/15-к). Використання цього інституту також має місце в практиці Конституційного Суду України, який вказав, що повторне звернення до тієї самої особи з клопотанням щодо перевірки того самого положення закону України на відповідність тим самим положенням Конституції України, свідчить про зловживання правом на подання конституційної скарги (ухвала Першої колегії суддів Першого сенату Конституційного Суду України від 09.07.2018 № 213-1(I)/2018).

І наостанок, по-шосте – в постанові ККС ВС від 13.06.2023 в справі №461/5454/14-к, серед іншого, вказано «…Суд наголошує, що принцип безпосередності дослідження доказів є основоположним для кримінального провадження, що передбачає можливість для сторін проводити допити свідків і експертів, а також досліджувати інші докази перед суддею, який прийматиме рішення… У той же час Суд зазначає, що ця вимога сформульована як принцип, яким має керуватися суд, приймаючи процесуальні рішення в конкретній ситуації, і засаді безпосередності, як і будь-якій іншій загальній засаді, притаманна певна гнучкість при застосуванні в конкретних обставинах. В залежності від обставин цей принцип реалізується в різних формах, оскільки суд має узгоджувати його з іншими засадами кримінального процесу та/або легітимними інтересами суспільства чи окремих осіб… Суд, серед іншого, має прийняти до уваги свій обов'язок створити необхідні умови для реалізації сторонами їх процесуальних прав та виконання процесуальних обов'язків (ч. 6 ст. 22 КПК), у тому числі свій обов'язок забезпечити розумний строк розгляду справи (ч. 2 ст. 28 КПК)…».

На підставі вищенаведеного ККС ВС виснував зокрема таке: «За таких обставин рішення суду продовжити розгляд справи не виглядає довільним, враховуючи, у тому числі, і поведінку сторони обвинувачення (ч. 3 ст. 28 КПК), а саме – відсутність будь-якого обґрунтування з її боку щодо необхідності проводити весь об'ємний судовий розгляд з початку…».

Підсумовуючи міркування з даного питання, хочу зробити висновок, що рішення про відсутність необхідності розпочинати судовий розгляд з початку та здійснювати повторно всі або частину процесуальних дій в разі заміни судді на іншого, який згоден з попереднім ходом судового процесу, повністю відповідає конституційним вимогам до здійснення правосуддя в Україні, вимогам Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, сприятиме досягненню завдань кримінального провадження, визначених статтею 2 КПК, не може негативно вплинути на подальший судовий розгляд будь-яким чином, а також не буде істотним порушенням норм КПК, прав чи свобод обвинувачених, чи порушенням права на захист.

Кравчук О.О.
доктор юридичних наук, професор,
суддя Вищого антикорупційного суду,
м. Київ

НОВІ ГОРИЗОНТИ РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ВИКРИВАЧА

Чотири роки тому прийнято закон, який набув чинності з 01.01.2020, до правової системи України впроваджений новий комплексний інститут викривача. Його розвиток триває і нині: удосконалюються канали повідомлення про корупцію, створено єдиний портал повідомлень викривачів, удосконалюється законодавство щодо захисту прав викривачів. У кримінальній юрисдикції нещодавно судами було прийнято два важливі рішення, що засвідчують досягнення інститутом викривача в кримінального процесу нових щаблів розвитку: це перший вирок, яким передбачено виплату винагороди викривачу та перший перегляд вироку апеляційним судом за апеляційною скаргою викривача.

Перший вирок із виплатою винагороди викривачу. 02.10.2023 Вищий антикорупційний суд (далі – ВАКС) ухвалив перший в Україні вирок, у якому суд перевірив передбачені законом питання (про це йтиметься далі детальніше), й присудив виплатити винагороду викривачу за процедурою безспірного списання. Цей вирок було ухвалено за угодою, і нині він набув чинності [1].

За законом, поріг розміру предмета злочину або завданої державі шкоди, при якому передбачається виплата винагороди викривачу, – є доволі високим, і складає 5000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, що станом на 01.12.2023 становить 13,42 млн. грн. В основному, такі справи підслідні НАБУ й підсудні ВАКС. Згідно закону, справи за участі викривачів, підсудні іншим судам, можуть трапитися – але це справи про підкуп у приватній сфері, в розмірі що перевищує зазначений поріг.

Перший перегляд вироку за апеляційною скаргою викривача. Трохи раніше було ухвалено вирок ВАКС, яким було відмовлено у виплаті винагороди викривачеві [2]. І нещодавно Апеляційна палата ВАКС переглянула цей вирок за апеляційною скаргою викривача, задовольнила її і присудила виплату викривачеві винагороду [3].

У цій справі перед судом стояла дилема про те, чи може бути викривачем уповноважена особа (уповноважений підрозділ) щодо запобігання та виявлення корупції. Апеляційний суд вирішив цю проблему таким чином: Якщо керівник уповноваженого підрозділу (уповноважена особа) отримав(ла) повідомлення про порушення вимог Закону через внутрішні канали, він розглядає таке повідомлення відповідно до своїх посадових обов'язків та інформує

керівника відповідного органу або спеціально уповноважений суб'єкт у сфері протидії корупції про факти порушення законодавства у сфері запобігання і протидії корупції, – на нього (неї) не розповсюджується правовий статус викривача та гарантії захисту, встановлені законом. Якщо ж керівник уповноваженого підрозділу (уповноважена особа) самостійно виявив(ла) порушення вимог Закону в органі, де він (вона) працює, і повідомив керівника відповідного органу та/або спеціально уповноважений суб'єкт у сфері протидії корупції про факти порушення законодавства у сфері запобігання і протидії корупції, – на нього (неї) поширюються права та гарантії захисту викривача, встановлені законом.

Також Апеляційна палата ВАКС наголосила на світоглядній проблемі розвитку культури викривання, зазначивши таке: інститут захисту викривачів є важливою гарантією їх активності у викритті корупційних правопорушень та запроваджений на виконання міжнародних конвенцій по боротьбі з корупцією. Культура поваги до викривачів як на рівні інституцій, так і загалом у суспільстві є центральним елементом у складній системі запобігання корупції. Ключовим елементом і передумовою ефективності внутрішніх і регулярних каналів повідомлення є формування та функціонування механізмів заохочення та формування культури повідомлення [3].

Питання, що підлягають перевірці судом. У зазначених судових рішеннях знайшли втілення три основні питання, на які за законом має відповісти суд при розгляді справи за участі викривача, вирішуючи питання про виплату йому винагороди:

1. Персональність інформації (від особистої обізнаності).

2. Важливість інформації (сприяють доказуванню хоча б однієї з обставин злочину).

3. Відсутність заборон щодо виплати винагороди (викривач уклав угоду про визнання винуватості або є співучасником; міг повідомити про корупцію в межах службових повноважень).

Урегульовуючи ці запитання в законі, законодавець залишає невизначеним обов'язок доказування відповідних обставин. Викривач – не вправі подавати докази в суді, а відсутність цих питань серед обставин, що підлягають доказуванню (ст. 91 КПК) та в переліку питань, що вказуються в обвинувальному акті (ст. 291 КПК), не передбачає й покладення відповідного обов'язку на прокурора.

Не визначено й стандарт доказування відповідних обставин, наприклад, важливості інформації. КПК надає в ст. 130-1 визначення важливості інформації – повідомлена викривачем інформація повинна містити фактичні дані,

що можуть бути перевірені, і сприяти доказуванню хоча б однієї з обставин вчинення корупційного злочину, передбачених пунктами 1–3, 6 і 7 ч. 1 ст. 91 цього Кодексу (в т.ч. подія злочину, винуватість обвинуваченого). А визначення в тій же статті персональності інформації (серед інших) висуває вимогу, що повідомлена викривачем інформація не повинна бути відомою правоохоронному органу з інших джерел.

Як видно з наведеного, йдеться про оцінку інформації з позиції правоохоронного органу (чи відома була йому відповідна інформація з інших джерел на момент повідомлення такої інформації викривачем). Коли справа вже в суді, й стороні обвинувачення відомі (на її думку) набагато більший обсяг обставин, відомості, повідомлені викривачем, допитаним як свідком, можуть виглядати значно менш важливими.

Вбачається, що при доповненні КПК доцільно включити доказування наявності підстав щодо виплати винагороди викривачу до обставин, що підлягають доказуванню (ст. 91 КПК) та передбачити наведення відповідної інформації в обвинувальному акті (відповідним чином доповнити пункт 3-1 ч. 2 ст. 291 КПК).

Механізм контролю. З метою запобігання зловживанням із виплатою винагороди викривачеві, для випадків укладення угоди про визнання винуватості в провадженні, де є викривач, якому пропонується винагорода, необхідно передбачити додатковий механізм контролю щодо питань персональності й важливості повідомленої викривачем інформації [детальніше – див.: 4].

Хоча в ч. 2 ст. 130-1 КПК йдеться про визначення судом конкретної винагороди, що підлягає виплаті викривачеві, з урахуванням наведених двох факторів, однак по суті в питанні розміру винагороди суд не має жодної дискреції – адже за ч. 1 ст. 130-1 КПК ця винагорода виплачується у фіксованому розмірі – 10 % від грошового розміру предмета корупційного злочину або від завданого державі збитку після ухвалення обвинувального вироку суду, але не більше 3000 мінімальних заробітних плат, встановлених на час вчинення злочину.

Також варто звернути увагу, що стаття 53-7 Закону «Про запобігання корупції» передбачає можливість розподілу винагороди між кількома викривачами у випадках повідомлення декількома викривачами різної інформації про один і той самий корупційний злочин, у тому числі інформації, що доповнює відповідні факти. Правове регулювання порядку виплати винагороди не враховує випадків учинення злочину в співучасті, якщо матеріали щодо співучасників виділені в окреме провадження. Наприклад, якщо розглядається виділене провадження щодо пособника у вчиненні кримінального правопорушення, чи має бути в ньому вирішене питання про виплату винагороди ви-

кривачу, чи воно має вирішуватися при розгляді провадження щодо основного виконавця (яких також може бути більше одного). Це є важливим, адже обставини, що повідомляє викривач, можуть підтвердитися щодо одного обвинуваченого співучасника, і не підтвердитися щодо іншого.

Тож варто передбачити в ст. 130-1 КПК можливість розподілу винагороди кільком викривачам (що передбачено Законом «Про запобігання корупції»), а також запровадити часткове вирішення питання про виплату винагороди викривачу в разі виділення кримінальних проваджень щодо співучасників в окремі провадження.

Справи, де питання виплати винагороди не піднімається. Загалом, виплата винагороди викривачеві – єдине питання, яке повинен вирішити суд щодо викривача в справі за його участі. Тому в справах, де розмір мінімального порогу предмета злочину або збитків не досягається (а отже винагорода викривачеві не передбачена), вказувати його анкетні дані в обвинувальному акті, залучаючи до судового розгляду додаткового учасника – на нашу думку, недоцільно. Тому при внесенні змін до КПК варто розглянути питання щодо доповнення положення пункту 3-1 ч. 2 ст. 291 КПК правилом, згідно з яким анкетні відомості викривача зазначаються в обвинувальному акті лише тоді, коли згідно із законодавством йому в цій справі пропонується винагорода.

Список використаних джерел:

1. Вирок Вищого антикорупційного суду від 02.10.2023 в справі №991/2288/21. URL: http://surl.li/nmgkq
2. Вирок Вищого антикорупційного суду від 24.03.2023 в справі №991/2197/22. URL: https://reestr.court.gov.ua/Review/109780532
3. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 09.11.2023 в справі №991/2197/22. URL: http://surl.li/phrgu
4. Кравчук О. Розвиток інституту викривача в кримінальному процесі. Юридичний науковий електронний журнал. 2023. №. С. 564-568. URL: http://surl.li/phrgx

Марін О. К.,
кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач науково-дослідної лабораторії Львівського державного університету внутрішніх справ
м. Львів

ПОЛІТИЧНИЙ РІВЕНЬ ВИЯВЛЕННЯ ТЕНДЕНЦІЙ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ У СФЕРІ ПРОТИДІЇ КОРУПЦІЇ

Будь яка наука, у тому числі й юридична, повинна виконувати прогностичну функцію: висувати обґрунтовані гіпотези про розвиток об'єкта свого дослідження.

Об'єктом дослідження науки кримінального права без сумнівів і здебільшого виступає найбільш легкодоступний документ – КК – закон, який уособлює собою кримінальне законодавство, принаймні допоки буде існувати положення ч. 1 ст. 3 цього закону: «*Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права*».

І хоча тривалий час досліджуючи цей об'єкт (КК), все більше переконуюсь у помилковості моністичного підходу до джерел кримінального права, головною тенденцією розвитку кримінального законодавства залишається збереження всіх його (розвитку) проявів у одному законодавчому акті – Верховна Рада України продовжить експерименти на КК.

Виявити тенденції розвитку кримінального законодавства у сфері протидії корупції можна декількома способами. Насамперед, оскільки законотворення, будемо вважати, процес плановий та усвідомлений, варто звернути увагу на програмні документи, які визначають політику держави у сфері протидії злочинності і, як частину цієї політики, формують правову основу її реалізації.

Базовим документом при цьому, очевидно, є Державна антикорупційна програма, затверджена Постановою Кабінету Міністрів України № 220 від 04.03.2023 (*далі – ДАП*). У сфері вдосконалення кримінальної відповідальності (розділ 3.3. Програми) очікується досягти два стратегічних результати:

1) усунути розбіжності між положеннями КК та Закону щодо визначення корупційних кримінальних правопорушень;

2) санкції за вчинення корупційних та пов'язаних з корупцією правопорушень стануть пропорційними і такими, що мають значний забезпечувальний і превентивний ефект, жодне з корупційних кримінальних правопорушень не

належатиме до категорії кримінальних проступків.

Для досягнення цих стратегічних результатів планується (із збереженням термінології програми):

- усунення наявних термінологічних неузгодженостей, колізій та проявів невиправданої конкуренції, що виникають між КК, Законом «Про запобігання корупції» та КПК щодо визначення корупційних кримінальних правопорушень та правопорушень, пов'язаних з корупцією (між цими нормами не може виникати конкуренції, виправданої чи ні);

- удосконалення нормативно-правового регулювання санкцій за корупційні та пов'язані з корупцією кримінальні правопорушення;

- збільшення розмірів штрафів у санкціях окремих корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних правопорушень з урахуванням ступеня їх суспільної небезпеки (правопорушення не мають санкцій, а ступінь суспільної небезпеки неможливо виміряти, тому це просто демагогія);

- чітко та однозначно передбачити можливість звільнення від відбування покарання з випробуванням у разі укладення угод про визнання винуватості у кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України (*далі – НАБУ*) (екстрадиференціація відповідальності);

- посилення кримінальної відповідальності за підкуп свідка з тим, щоб це кримінальне правопорушення не належало до категорії проступків і можлива була екстрадиція та спеціальна конфіскація;

- закріпити можливість застосування заходів кримінально-правового характеру до юридичних осіб у разі вчинення всіх діянь (ким), криміналізації яких вимагає конвенція ООН проти корупції.

Якщо вникнути у суть запланованих заходів, більшість з яких мала б бути вже реалізованою (у програмі строком виконання є жовтень 2023 року), то далеко не все виглядатиме так позитивно.

По-перше, визначення поняття корупційного кримінального правопорушення (як і кримінального правопорушення, пов'язаного з корупцією) у КК суперечить як традиціям у сфері кримінально-правового регулювання, так і елементарним правилам визначення поняття. Це визначення, яке міститься у примітці до ст. 45 КК, неодноразово критикувалося і косметичні правки до нього (включення/виключення якихось статей), враховуючи динамізм законотворення та використання КК за принципом *prima ratio* для вирішення соціально-політичних та інших проблем, буде мати незначний ефект, який швидко нівелюється наступними змінами та доповненнями до КК.

Єдиним розумним виходом з ситуації є визначення аналізованих понять

із використанням не переліку складів правопорушень, а істотних ознак, які характеризують це поняття у абстрактній формі. Але це вже зроблено у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» і не потребує відтворення у тексті КК. Якщо частиною державної політики України у сфері протидії корупції залишаться обмеження заохочувальних заходів кримінально-правового впливу щодо корупційних та пов'язаних з корупцією кримінальних правопорушень, то юридичне рішення про віднесення того чи іншого посягання до цих видів правопорушень може аргументовано прийняти суд, який розглядає справу ґрунтуючись тільки на положеннях Закону України «Про запобігання корупції». Чи не так?

І взагалі, говорячи про тенденції розвитку кримінального законодавства, важко не помітити «острах» українського законодавця перед абстрактними формулюваннями. Це, як видається, обумовлено високим ступенем недовіри до судової системи. Не прийміть за реверанс, але видається, що ця тенденція є глибоко помилкова. На одному з обговорень проєкту КК мені довелося почути цитовану сентенцію американських вчених-правознавців, які доводили, що обмеження розсуду суддівської влади розширює розсуд влади виконавчої.

Крім того, перевага казуїстичного способу кримінально-правового регулювання над абстрактним містить у собі небезпеку створення прогалин, які намагатиметься заповнити законодавець, приймаючи додаткові норми, спроваджуючи їх у текст кримінального закону, створюючи при цьому такий надмір кримінально-правових заборон, розплутати який буде не під силу й кваліфікованим юристам. Прикладів цьому – величезна кількість: і введення у КК ст. 111-1 «Колабораційна діяльність», ст. 111-2 «Пособництво державі-агресору», ст. 201-2 «Незаконне використання гуманітарної допомоги» КК та багато інших. У сфері протидії корупції у цьому контексті можна навести приклад зі ст. 365-3 КК «Бездіяльність працівника правоохоронного органу щодо незаконної діяльності з організації або проведення азартних ігор, лотерей», яка тільки з причин недбалого недогляду не стала корупційним кримінальним правопорушенням. Законодавцю так сподобалось, що на розгляді у парламенті лежить законопроєкт № 10236, яким пропонується КК доповнити ст. 365-4 «Бездіяльність працівника правоохоронного органу або уповноваженої службової особи, або іншої уповноваженої особи щодо незаконної діяльності у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів та інших кримінальних правопорушень проти здоров'я населення». Конструкція цієї норми аналогічна і по суті своїй це нічим іншим як потуранням кримінальному правопорушенню, що за належних умов повинно кваліфікуватися як зловживання владою або службовим становищем. А це вже кримінальне правопорушення корупційне.

По-друге, два заходи з удосконалення кримінального законодавства стосуються санкцій кримінально-правових норм про корупційні кримінальні правопорушення. Саме норм, а не кримінальних правопорушень, як визначено у Програмі. Кримінальні правопорушення санкцій не мають. Однак, це форма. Щодо змісту застереження наступне: бажання розробників ДАП корисне – мати у своєму арсеналі санкції, які є пропорційними і такими, що мають значний забезпечувальний (?) і превентивний ефект – добре.

Однак виникає питання, а яким чином це реалізувати? Ні наука кримінального права, ні практика немає розробок, які б серйозно досліджували пропорційність санкцій та, тим більше, ефект від їх існування та застосування. Практично виглядає, що йдеться про збільшення суворості санкцій, що відповідатиме запиту суспільства на швидке і суворе покарання корупціонерів. Всім відома петиція № 22/179714-еп «Довічне ув'язнення для депутатів та працівників державних структур за корупцію під час воєнного стану», яка набрала необхідні голоси і передана Президентом України на розгляд Верховної Ради України породила два законопроєкти: помірний №9029 від 17.02.2023 та суворий – № 9049 від 22.02.2023. Але чи властиві кримінальному законодавству України абсолютно визначені безальтернативні санкції і чи відповідають вони базовим принципам права та чи здатні вирішити проблему?

Якщо поглянути на проблему ширше, то надмірна суворість санкцій, або, якщо розглянути ширше – кримінально-правових наслідків корупційного кримінального правопорушення, не виглядає ефективним засобом протидії корупції.

Запит суспільства на швидку розправу з корупціонерами звісно ігнорувати не варто, однак фактичний стан справ є дещо іншим. ДАП містить ще один захід, який в мене викликає певні сумніви у його доцільності: *чітко та однозначно передбачити можливість звільнення від відбування покарання з випробуванням у разі укладення угод про визнання винуватості у кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності НАБУ.*

Обґрунтуванням необхідності введення цього та наступних заходів у ДАП, на думку розробників, є те, що ефективність діяльності НАБУ та Спеціалізованої антикорупційної прокуратури знижується через обмежені можливості для укладення угод про визнання винуватості у підслідних НАБУ провадженнях, а також брак стимулів для підозрюваних та обвинувачуваних вдаватися до укладення угод. Розуміючи ці труднощі, видається необхідним зазначити наступне:

- обмеження, які були введені до КК щодо корупційних кримінальних правопорушень, а згодом і до кримінальних правопорушень, пов'язаних із

корупцією, які ускладнюють звільнення від відбування покарання з випробуванням у разі укладення угоди про визнання вини, є проявом кримінально-правової політики забезпечення суворості кримінальної відповідальності за вчинення відповідних кримінальних правопорушень. Відступ від цього прояву свідчитиме про зміну цієї політики, а це, своєю чергою, вимагатиме комплексного підходу й щодо інших видів звільнення;

- частина антикорупційної інфраструктури, а саме Вищий антикорупційний суд, цілком успішно застосовує ч. 2 ст. 75 КК стосовно корупційних кримінальних правопорушень та правопорушень, пов'язаних із корупцією, незважаючи на заборону звільнення від відбування покарання з випробуванням, визначеного у ч. 1 ст. 75 КК. Зважаючи на дискусії, які тривають у науці кримінального права з цього приводу, спеціальна антикорупційна судова інституція знаходить аргументи на користь такого судового тлумачення змісту відповідної кримінально-правової норми, яке дає можливість «обійти» викладену вище заборону. Так виглядає, що постанова Великої Палати ВС у справі № 947/10464/21 від 29.03.2023 (резолютивна частина) не внесла належної ясності у це питання. Тому актуальність законодавчих змін у частині чіткого формулювання кримінально-правової політики стосовно можливості звільнення від відбування покарання з випробуванням за вчинення у тому числі й корупційних кримінальних правопорушень, зберігається;

- у разі збереження заборони застосовувати розглядуваний вид звільнення від відбування покарання щодо корупційних кримінальних правопорушень в цілому, змінювати це правило стосовно корупційних кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро, буде неправильно. Це обумовлено недоведеністю необхідності подальшої диференціації кримінальної відповідальності із врахуванням критеріїв, які фактично не є визначеними. Положення ч. 5 ст. 216 КПК, що визначають підслідність НАБУ, а) містять прив'язку до посади особи, яка вчинила кримінальне правопорушення (п.1), врахування чого для встановлення якогось привілейованого правового статусу у кримінальному праві виглядає як порушення конституційного принципу рівності (ст. 24 Конституції України). Іншими словами, Міністра, який вчинить зловживання службовим становищем, звільнити від відбування покарання за угодою можна буде, а директора школи за таке саме діяння – ні; б) урахування абз. 3 п. 3) ч. 5 ст. 216 КПК взагалі робить відповідну підслідність залежною від рішення Директора НАБУ за погодженням із прокурором САП, що також підриває конституційні засади принципу верховенства права. Тому «просте рішення»: викласти, наприклад, ч. 2 ст. 75 КК у редакції, яка б дозволяла використання угод для звільнення осіб від відбування покарання з випробуванням щодо кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності НАБУ, буде помилковим;

- комплексним вирішенням проблеми, яка окреслена в Антикорупційній стратегії, є зміна кримінально-правової політики щодо корупційних кримінальних правопорушень (та кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією, а також інших «винятків» у застосуванні заохочувальних інститутів кримінального права). Прийняття популістських рішень щодо максимально суворої реакції держави на вчинення корупційного кримінального правопорушення (обмеження у застосуванні звільнення від кримінальної відповідальності, пом'якшення покарання та звільнення від його відбування тощо) порушило баланс засобів примусу та заохочення, який необхідний для ефективного кримінально-правового регулювання відповідних суспільних відносин. Це змушує практику шукати «вихід» із ситуації, що склалася – цим пояснюється й неадекватне судове тлумачення ч. 2 ст. 75 КК, й частина інших заходів. Вирішення цієї проблеми, як видається, полягає у відновленні балансу, у можливості використання щодо всіх кримінальних правопорушень одного ступеня тяжкості всієї «палітри» інструментів кримінального права. Для цього варто зі статей 45, 46, 47, 48, 69, 74, 75, 79 КК виключити обмеження застосування цих заходів як щодо корупційних кримінальних правопорушень, так і кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією.

По третє, щодо посилення кримінальної відповідальності за підкуп свідка з тим, щоб це кримінальне правопорушення не належало до категорії проступків і можлива була екстрадиція та спеціальна конфіскація варто зазначити наступне. Підкуп свідка не є корупційним кримінальне правопорушенням, ні за змістом примітки до ст. 45 КК, ні за змістом Закону України «Про запобігання корупції». Краще б подумати про криміналізацію одержання неправомірної вигоди свідком чи потерпілим, що заповнило б, як на мене, наявну прогалину у кримінально-правовій охорони правосуддя.

Маслак Н. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
викладач кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
м. Харків

ГІБРИДНА ПРИРОДА ЦИВІЛЬНОЇ КОНФІСКАЦІЇ ТА ЇЇ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

Цивільна конфіскація – один із нових для України інструментів системної протидії корупції, що був вперше запроваджений Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо конфіскації незаконних активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, і покарання за набуття таких активів» від 21.10.2019 року №263-IX. Під цивільною конфіскацією згідно цього закону розуміється визнання активів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування необґрунтованими та їх подальше вилучення в разі недоведення державним службовцем законності набуття такого майна. При цьому активи можуть вилучатись як у номінального власника, так і у особи, яка здійснює щодо них дії, тотожні праву власності.

Історичне та політичне підґрунтя прийняття цього закону, термінологічний апарат, який у ньому використовується, критерії віднесення активів до необґрунтованих; процесуальні особливості провадження та судового розгляду у таких справах; стандарти доказування; виклики, які він ставить щодо дотримання захисту прав та свобод людини - лише невелика кількість дискусійних питань для правової науки та практики правозастосування. Ці виклики останнім часом багато в чому стали спільними для багатьох країн світу, оскільки передумови запровадження цього правового механізму як в Україні, так і в Молдові, Тунісі, Грузії, Вірменії, Азербайджані тощо, є спільними, і мають свої витоки в Конвенції Ради Європи про кримінальну відповідальність за корупцію та Конвенції ООН проти корупції, яка закликає держави координувати зусилля в частині справ, які стосуються корупції та передбачити можливість зобов'язати осіб доводити законність свого майна. Також відповідно до рекомендацій FATF, країнам-учасницям доцільним є запровадження заходів, які дозволяють конфіскувати майно без обов'язкового притягнення особи до кримінальної відповідальності, у тій мірі, наскільки це відповідає принципам їх національного законодавства.

Крім того, директива 2014/42/ЄС, громадські організації (група держав проти корупції (GRECO), Антикорупційна мережа ОЕСР, Моніторингова група

Ради Європи (Moneyval), Ініціатива Світового банку та Управління ООН з питань наркотиків і злочинності (StaR)) у багатьох своїх рекомендаціях наголошували на необхідності запроваджувати такі інструменти[2, с. 8]. При цьому багато держав, які запровадили цей механізм, стикаються із шаленою протидією державного виконавчого апарату, блокуванням дії прийнятих законів через процедуру визнання їх неконституційними або, як от в Україні, - через скасування обов'язковості декларування державними службовцями своїх доходів.

Разом з тим, без простої та прозорої системи декларування доходів, цивільна конфіскація не може розкрити свій антикорупційний потенціал із усією ефективністю. Це триєдиний механізм заходів: декларування доходів державних службовців, цивільна конфіскація необґрунтованих активів, сума яких не перевищує розміру кримінально караного незаконного збагачення, і власне кримінальна відповідальність за незаконне збагачення у випадку перевищення вартості незаконного активу над максимальним розміром вартості активу, який підлягає вилученню на користь держави у цивільній процедурі.

Попри назву цього дієвого в широкому розумінні заходу боротьби з корупцією «цивільна конфіскація», більшість дослідників цієї проблематики вказують на публічно-правовий зміст цього правового інструменту [1, с. 296]. «Цивільність» такого виду конфіскації зумовлюється задекларованим державою для такого типу заходів вибором цивільного процесу, стандартом доказування, який використовується у цивільному процесі – стандартом «баланс ймовірностей», на противагу властивого для кримінального процесу стандарту доказування «поза розумним сумнівом».

Цивільний процес із його спрощеними відносно кримінального процесу етапами та стандартами, є набагато вигіднішим для держави та ефективнішим як засіб системної боротьби з корупцією. Однак, чи заперечує вибір цивільно-процесуального інструментарію кримінально-правовий чи, вірніше, публічно-правовий вимір цього заходу в цілому? В цьому є обґрунтовані сумніви.

Хоча, цивільна конфіскація не є видом покарання, вочевидь. Її метою не є кара, а є, в першу чергу, відновлення соціальної справедливості, баланс інтересів суспільства та держави. Вилучення за рішенням суду активів (майна) придбання якого визнане необґрунтованим (не доведено законність походження коштів на таке придбання) *не є з точки зору ідеї цього правового інструменту позбавленням права власності*.

За ідеєю цивільної конфіскації, право власності на необґрунтований актив не є законним, а отже вилучення його в особи, уповноваженої на виконання

функцій держави або місцевого самоврядування – не становитиме негативних наслідків або шкоди, а, навпаки, нестиме позитивний ефект – відновлення справедливості та суспільного балансу.

Саме такі висновки, звісно, з певним обумовленням, було надано Венеційською комісією у рішенні щодо звернення Конституційного Суду Вірменії [3] про визнання неконституційними положень вірменського закону про впровадження конфіскації необґрунтованих активів.

Зокрема, було зазначено, що Міжнародні та європейські стандарти свідчать про те, що цивільна конфіскація може бути ефективним інструментом боротьби з публічною корупцією та запобігання незаконному придбанню активів. Це становить суспільний інтерес, який може виправдати застосування презумпції незаконного походження певного майна. Така презумпція перекладає тягар доказування на власника активів: компетентний орган зобов'язаний довести, що активи можуть мати незаконне походження, тоді як відповідач може спростувати ці звинувачення, надавши докази протилежного. Разом з тим, Венеційська комісія відзначила, що цей інструмент має застосовуватися в розумних межах і супроводжуватися ефективними процесуальними гарантіями. Якщо власник майна має реальний шанс спростувати презумпцію і може подати «недоступні докази» або заперечення щодо добросовісного володіння, таке рішення видається пропорційним. ЄСПЛ також не вбачає у застосуванні цивільної конфіскації порушення принципу пропорційності з огляду на мету реалізації «комплексних національних стратегій щодо боротьби з тяжкими злочинами корупції» та за дотримання процесуальних гарантій і, зокрема, змагальності. Одним із найрелевантніших для України кейсів у цьому питанні є рішення ЄСПЛ «Гогітідзе та інші проти Грузії» [2, с.15].

Оскільки в цілому гібридний характер та публічно-правова природа конфіскаційних санкцій не викликають сумнівів у більшості дослідників їх проблематики, до галузі якого б знання вони не належали, - назва «цивільна», «адміністративна», «митна», «податкова», «спеціальна», «кримінальна», «санкційна», «безпекова», - часто не відображають змісту обмежень, які покладаються на особу за такими заходами, не утворюють, наприклад, чіткої системи за суворістю чи іншими критеріями. Часто такі заходи в своїй назві відображають сферу правозастосування або процесуальний спосіб, підстави чи джерело їх реалізації, залишаючись, по суті ніяк не «безневинним» засобом диспозитивного методу правового регулювання із його системою дозволів та переваг та вільною саморегуляцією. Попри «цивільні» назви, конфіскаційні санкції залишаються однією із найсуворіших публічно-правових санкцій, у яких реалізується вся велич імперативного методу правового регулювання

із його нерівністю суб'єктів, протистоянням державі, використанням примусового апарату держави тощо.

Безумовно, не будучи водночас покаранням та в повній мірі не будучи і «цивільною», приватно-правовою санкцією, конфіскація необґрунтованих активів являє собою політично вивірений гібрид, який змістовно – за інтенсивністю впливу на приватний інтерес особи та наслідками (такими як майнові у виді вилучення майна або трудовими у виді відсторонення від займаних посад і звільнення, а також підслідністю ДБР із усіма властивими їм повноваженнями) може розглядатись як кримінально-правовий захід.

Однак, суспільно-корисна мета застосування цього заходу і апріорне ставлення до необґрунтованих активів (що, до речі, значно розширює арсенал застосування порівняно із кримінально-правовою конфіскацією, яка може поширюватись лише на майно, а не на «активи») як до «неповноцінної» власності, права власності, яке за джерелом свого походження має настільки великі вади, що не може бути поставлено під охорону рівно із майном або активами, право власності на яке набуто обґрунтованим, законним способом[4, с. 43], переводить цей правовий інструмент у розряд таких, які не потребують посиленого кримінально-процесуального стандарту дотримання прав і свобод.

Вочевидь, застосування цивільної конфіскації вже показало свою ефективність, в тому числі і в Україні. І хоча наразі існує лише невелика кількість завершених кейсів, трохи понад десяток, що зумовлено в Україні припиненням на певний період обов'язкового декларування доходів, відновлення декларування в грудні 2023 року вже спричинило нову хвилю проваджень, у яких цивільна конфіскація може бути застосована. І це означає, що перед науковцями, як цивілістами, так і криміналістами, постане величезна кількість питань щодо виміру поняття, змісту, природи, наслідків та місця цього яскравого гібриду в системі правових санкцій.

Список використаних джерел:

1. Крат В. И. Принудительное прекращение права собственности. Харьковская цивилистическая школа: право собственности: монограф. под ред. И.В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2012. С.296-327.
2. Хутор Т. Цивільна конфіскація необгрунтованих активів крізь призму захисту права власностію. Київ: ТОВ РЕД ЗЕТ, 2020. 40 с.
3. https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)048-f
4. Уолдрон Д. Верховенство права и мера собственности: Киев: «Центр учебной литературы», 2021. 140 с.

Панаїд І. В.,
суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду,
аспірант кафедри кримінально-правової політики
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
м. Київ/Харків

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ОЦІНКА НЕЗАКОННОГО ЗБАГАЧЕННЯ У ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКУ ІЗ СУДОВОЮ ПРАКТИКОЮ У СПРАВАХ ПРО «ЦИВІЛЬНУ КОНФІСКАЦІЮ» ТА ПРО «САНКЦІЇ»

Кримінальне правопорушення, як і будь-який акт вольової поведінки людини, являє собою «єдність його зовнішніх (об'єктивних) і внутрішніх (суб'єктивних) ознак. Зовнішня сторона кримінального правопорушення утворює його об'єктивну сторону (*actus rea*), а внутрішня - суб'єктивну (*mens rea*)», «що становлять у реальній дійсності єдиний і неподільний акт кримінальної протиправної поведінки» [1, с. 120]

Криміналізація незаконного збагачення запроваджена в Україні з 2011 р. для забезпечення виконання державою міжнародних зобов'язань по боротьбі з корупцією. Наразі в ст. 368-5 КК встановлено кримінально-правову заборону незаконного збагачення – набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, зазначеною у п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», активів, вартість яких більше ніж на 6 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян перевищує її законні доходи. Згідно п. 2 Примітки до вказаної статті, під набуттям активів розуміється їх набуття у власність як безпосередньо особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування (далі – уповноважена особа або спеціальний суб'єкт), так і за її дорученням іншою фізичною чи юридичною особою, або можливість для уповноваженої особи прямо чи опосередковано вчиняти щодо таких активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними.

Вбачається, що поряд з набуттям активів безпосередньо спеціальним суб'єктом у власність, законодавець передбачив їх набуття у власність іншою фізичною чи юридичною особою, але за дорученням уповноваженої особи.

Буквальне тлумачення ст. 1000 ЦК вказує на відсутність підстав ототожнювати доручення в цивільно-правовому розумінні і в нормі про незаконне збагачення. Останнє необхідно сприймати як вказівку на набуття і, за необхідності, оформлення активу іншою фізичною чи юридичною особою на власне ім'я, але саме в інтересах спеціального суб'єкта. Це дозволяє орієнтовно ок-

реслити осіб, на яких можуть бути оформлені активи, що фактично належать особі, уповноваженій на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. Як правило, вони пов'язані зі спеціальним суб'єктом родинними (сімейними), дружніми чи службовими відносинами.

Як форму об'єктивної сторони складу незаконного збагачення законодавець виділив також і можливість особи, уповноваженої на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, прямо чи опосередковано вчиняти щодо набутих третьою особою активів дії, тотожні за змістом здійсненню права розпорядження ними. У такому разі не йдеться про доручення третій особі набути майно. Фактично особа, уповноважена на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування, отримує можливість здійснювати реальний вплив на уже наявні на момент виникнення такої можливості активи фізичної або юридичної особи (третьої особи), прямо чи опосередковано реалізуючи повноваження, тотожні здійсненню права розпорядження ними. На практиці зазначені вище форми об'єктивної сторони можуть і поєднуватися, адже набуття активу номінальним власником за дорученням спеціального суб'єкта передбачає подальше здійснення останнім повноважень, тотожних здійсненню права розпорядження відповідним майном особою, яка є його реальним власником.

За висновками вчених кримінально-правова заборона незаконного збагачення покликана бути ефективним чинником кримінально-правової протидії (боротьби) з корупційними правопорушеннями. Хоча для них і притаманний високий ступінь латентності, але індикатори корупції спроможні забезпечити їх виявлення та реалізацію заходів кримінально-правового реагування держави, зокрема, і невідворотність покарання [2, с. 231, 233, 234; 3, с.133, 136; 4, с.69]. При цьому провідну роль в забезпеченні ефективності застосування кримінально-правової заборони відіграє стабільність законодавства. Багаточисельні зміни норми про незаконне збагачення хоча і свідчать про пошук законодавцем оптимальної моделі її існування в кримінальному законі, але потребують адаптації правозастосувача до них, що істотно обмежує дієвість такої норми. Це, зокрема, підтверджується відсутністю в Єдиному державному реєстрі судових рішень відомостей про ухвалення станом на 01.12.2023 вироків щодо незаконного збагачення за ст. 368-5 КК, якою доповнено кримінальний закон після визнання Конституційним Судом України неконституційної статті 368-2 КК.

Поряд з цим, на запит Апеляційної палати ВАКС НАБУ) листом від 29.11.2023 №043-256/36731 повідомило, що на стадії досудового розслідування було закрито 102 кримінальних провадження. У ВАКС на стадії судового розгляду закрито 3 кримінальних провадження через скасування кримінальної відпо-

відальності за незаконне збагачення. На сьогодні на стадії досудового розслідування за ст. 368-5 КК в НАБУ перебуває 27 кримінальних проваджень, в яких, виходячи зі змісту диспозиції вказаної кримінально-правової заборони, потребує встановлення та доведення кримінально-правовими засобами, у тому числі, зв'язок активу з особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування.

Такий зв'язок встановлювався ВАКС у справах про конфіскацію необґрунтованих активів, предмет доказування в яких відповідає змісту ст.368-5 КК, певні з яких були предметом розгляду судом касаційної інстанції. Зокрема, це рішення ВАКС у справах від 13.07.2022 № 991/366/22 та від 18.10.2022 №991/2396/22, постанови Апеляційної палати ВАКС у вказаній справі від 10.05.2023, ККС ВС від 04.10.2023, в якій ВС фактично погодився з напрацьованими ВАКС критеріями здійснення особою дій, тотожних за змістом праву розпорядження на підставі фактичних обставин, наведених судами попередніх інстанцій [5–8]. Зокрема, до таких можливо віднести наступні:

– роль спеціального суб'єкта у виборі активу, що має бути набутим іншою особою за дорученням (вказівкою) і в інтересах спеціального суб'єкта;

– взаємозв'язок реального власника та номінального набувача (родинні, дружні, службові відносини);

– фінансовий стан набувача, його потреба в активі та спроможність не лише набути майно, а й самостійно нести витрати з його утримання;

– істотне разове або періодичне поліпшення майнового стану номінального власника без обґрунтованих і законних для того підстав;

– існування відносин між реальним та номінальним власником (спілкування щодо активу; документальний характер відносин (доручення, довіреності, застава); фінансові, моральні зобов'язання, страх, фізичне утримання, тощо).

– причини реалізації/використання активу та їх співвідношення з інтересами та потребами реального та номінального власника.

У постанові Апеляційної палати ВАКС від 03.02.2023 у справі №991/6606/22 з метою охоплення майна, яке формально не належить суб`єкту, але він фактично контролює його, визначає його долю, тобто розпоряджається ним, сформульовано такий критерій як можливість визначати види господарської діяльності, керівництво підприємства, асортимент продукції, що ним випускається, його цінову політику, коло контрагентів, приймати рішення про реорганізацію, ліквідацію підприємства, якщо таким активом є корпоративні права або підприємство як цілісний майновий комплекс тощо [9].

Отже, судова практика (хоча і не в кримінальних провадженнях) поступово напрацьовує критерії доведення фактичної належності майна особі, яке

на її ім'я не оформлено. Наразі ст. 368-5, згідно ст. 12 КК, належить до категорії тяжких злочинів, що вказує на наявність у розпорядженні правоохоронних органів широкого інструментарію слідчих (розшукових) дій, у тому числі й негласних слідчих дій, для встановлення реального власника активу і доведення наявності зв'язку такого активу з особою, уповноваженою на виконання функцій держави чи місцевого самоврядування. З огляду на ідентичність поняття «набуття активу» в диспозиції ст.368-5 КК та інституті конфіскації необґрунтованих активів, вбачається за можливе використання критеріїв оцінки такого набуття, напрацьованих ВАКС у справах по цивільній конфіскації необґрунтованих активів, а також щодо стягнення в дохід держави активів як виду санкцій згідно з Законом України «Про санкції», для вирішення завдань кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Основи кваліфікації кримінальних правопорушень: навч. посіб / за ред. М. І. Панова та С. О. Харитонова. Київ: Норма права, 2023. 460с.
2. Михайленко Д. Г. Протидія корупційним злочинам засобами кримінального права: концептуальні основи: монограф. Одеса: Вид. дім «Гельветика». 2017. 582 с.
3. Дудоров О. О. Кримінально-правові аспекти незаконного збагачення (погляд теоретика в очікуванні судової практики). *Юридичний електронний науковий журнал*. 2017. № 1. С. 129–142. URL: http://surl.li/phrhg
4. Осадчий В. І. Корупційні злочини: монограф. Київ: Вид-во Європейського ун-ту. 2016. 82 с.
5. Рішення Вищого антикорупційного суду від 13.07.2022 у справі №991/366/22. URL: http://surl.li/kwryj
6. Рішення Вищого антикорупційного суду від 18.10.2022 у справі №991/2396/22. URL: http://surl.li/phrhl
7. Постанова Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 10.05.2023 у справі №991/2396/22. URL: http://surl.li/phrhr
8. Постанова Верховного Суду від 04.10.2023 у справі №991/2396/22. URL: http://surl.li/phrhx
9. Постанова Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 03.02.2023 у справі № 991/6606/22. URL: http://surl.li/phrib

РОЗДІЛ ІІІ. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНЦІВ – МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ, РЕАЛІЇ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ РЕАЛІЗАЦІЇ

Андрусяк Г. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу Волинського національного університету імені Лесі Українки
м. Луцьк

ПРОБЛЕМИ КОМАНДНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДИРІВ ТА ОСІБ, ЯКІ ВИКОНАЛИ ЗЛОЧИННИЙ НАКАЗ ЗА СТАТТЕЮ 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ VS ВИКОНАННЯ НАКАЗУ ЯК ОБСТАВИНА, ЩО ВИКЛЮЧАЄ КРИМІНАЛЬНУ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ

Криваві воєнні зіткнення останніх століть зумовили створення норм МГП, які активно розвиваються як на конвенційному рівні, так і в практиці міжнародних кримінальних трибуналів *ad hoc* Міжнародного кримінального суду. Основою такого корпусу норм МГП є норми так званого женевського та гаазького права, які зумовили виникнення специфічних інститутів (конструкцій) притягнення до кримінальної відповідальності. Однією з таких конструкцій є командна відповідальність (command responsibility), яка історично виникла з процесів, що склалися після Першої світової війни, та розвинулася у прецедентному міжнародному праві після Другої світової війни. На сьогодні концепція командної відповідальності закріплена в п. 2 ст. 86 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.07.1977.

Згідно з цією концепцією «той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу було вчинене підлеглою особою, не звільняє її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності в разі, якщо вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір вчинити подібне порушення, і якщо вони не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або припинення цього порушення» [1].

Поява такої кримінально-правової конструкції, як командна відповідальність, зумовлена необхідністю, говорячи в загальних рисах, притягнути до кримінальної відповідальності командирів (начальників), які спрямували підлеглих вчинити будь-який злочин, у т. ч. порушення законів і звичаїв війни, або потурали його вчиненню, незалежно від їх статусу. Власне начальники (командири) порівняно зі своїми підлеглими мають більше можливостей, зокрема більшою мірою обізнані з ситуацією, в якій вчиняється злочин, та наділені повноваженнями стримувати або, навпаки, спрямовувати своїх під-

леглих до вчинення злочину. Більшою мірою конструкція командної відповідальності набула розвитку у Римському статуті Міжнародного кримінального суду (далі – Римський статут).

Україною Римський статут було підписано 20.01.2000, проте досі не ратифіковано. Згідно зі ст. 8 Угоди про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншого, однією з умов виконання покладених на Україну міжнародних зобов'язань є ратифікація Римського статуту [2]. Римський статут дослідники відносять до «жорсткого» міжнародного договору, оскільки в ньому не передбачено застережень [3, с. 69].

Аналіз ухвалених судами України вироків за ст. 438 КК, що розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень, дає підстави з впевненістю стверджувати, що, попри те, що найбільша частка серед засуджених за цією статтею припадає саме на рядових військовослужбовців ЗС РФ (37 осіб з 51 засудженого військовослужбовця ЗС РФ, або 73 %), проте все ж вироками національних судів засуджено 14 військовослужбовців ЗС РФ, які належать до командирів, про що прямо зазначено в цих вироках і визнано доведеним.

Йдеться про таких командирів ЗС РФ: заступник командувача Чорноморського флоту РФ з матеріально-технічного забезпечення (вирок Жовтневого районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15.05.2023 у справі № 212/4028/22); заступник командира військової частини бомбардувального авіаційного полку змішаної авіаційної дивізії армії військово-повітряних сил та протиповітряної оборони ЗС РФ (вирок Дзержинського районного суд м. Харкова від 02.03.2023 у справі № 638/1343/23); командир танкового батальйону (вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 11.04.2023 у справі № 750/6470/22); командир окремої гвардійської інженерної бригади (вирок Жовтневого районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15.05.2023 у справі № 212/4028/22); командир стрілецької військової частини (вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 14.09.2023 у справі № 748/855/23); заступник командира роти (вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26.09.2022 у справі № 760/4174/22); командири танків (вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 08.08.2022 та ухвала Чернігівського апеляційного суду від 02.11.2022 у справі № 750/2891/22); вироки Макарівського районного суду Київської області від 20.04.2023 у справі № 370/179/23, Тростянецького районного суду Сумської області від 09.05.2023 у справі № 588/1072/22); командири мінометів (вироки Котелевського районного суду Полтавської області від 26.12.2022 у справі № 535/2100/22, Чернігівського районного суду Чернігівської області від 08.03.2023 у справі № 748/22/23); командири

відділень (вироки Шевченківського районного суду м. Києва від 03.08.2022 у справі № 761/14035/22, Тростянецького районного суду Сумської області від 01.03.2023 у справі № 588/1009/22, Ічнянського районного суду Чернігівської області від 26.04.2023 та ухвала Чернігівського апеляційного суду від 26.07.2023 у справі 733/923/22).

Зупинимося також на тому, як слід оцінювати віддання наказу командирами своїм підлеглим, військовослужбовцям ЗС РФ, наказу про порушення законів і звичаїв війни, у контексті такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження (ст. 41 КК).

У ст. 7 Статуту Нюрнберзького трибуналу вперше було сформульовано принцип неприпустимості посилання на офіційне або службове становище особи, відповідно до якого службове становище підсудних, їх становище як глав держав чи відповідальних чиновників різноманітних урядових відомств не повинно розглядатися як підстава для звільнення від відповідальності або для пом'якшення покарання [4]. Такий же принцип був повторений у ч. 2 ст. 7 Статуту Міжнародного трибуналу по Югославії [5], ч. 2 ст. 6 Статуту Міжнародного трибуналу по Руанді [6].

Як зазначає В. Пилипенко, «хоча багатьом кримінальним законам відома така обставина, що виключає злочинність скоєного за виконання наказу, згаданий правовий інститут оформився в межах норм міжнародного кримінального права. Так, у принципі IV міжнародного права, що набуло вираження у Статуті і рішеннях Нюрнберзького трибуналу, міститься вказівка на те, що виконання особою наказу свого уряду або начальника не звільняє цю особу (виконавця) від відповідальності за міжнародним правом, якщо свідомий вибір був для неї фактично можливим» [7, с. 187].

Такий же принцип прописано і в багатьох міжнародних документах. Наприклад, у ч. 3 ст. 2 Конвенції проти катувань передбачено, що наказ вищого начальника або державної влади не може слугувати виправданням катувань [8].

Принцип недопустимості звільнення особи за виконання наказу начальника простежується і в судовій практиці за ст. 438 КК. Так, вироком Солом'янського районного суду м. Києва від 23.05.2022 у справі № 760/5257/22 військовослужбовця ЗС РФ Шишимаріна засуджено до довічного позбавлення волі за ч. 2 ст. 438 КК. У цьому вироку зазначено, що, на переконання суду, розуміючи, що відданий йому наказ є явно злочинним і не бажаючи його виконувати, обвинувачений міг відповісти відмовою командиру, що не зумовило б для нього жодних негативних наслідків. Крім того, обвинувачений не міг сприймати невідомого як офіцера і, тим більше, як безпосереднього командира, оскільки не знав ні його прізвища, ні військового звання, а наказний тон розмови не є критерієм підпорядкування для військовослужбовців. Київський апеляційний суд ухвалою від 29.07.2022,

змінивши вирок суду першої інстанції в частині призначеного покарання, оцінив, зокрема дії засудженого військовослужбовця ЗС РФ, крізь призму наявності в його діях такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження. У цій ухвалі записано, що дії засудженого були вчинені на виконання явно незаконного наказу свого командира, оскільки посягали на життя і здоров'я мирного мешканця та грубо порушували закони і звичаї війни. Потерпілий не створював для засудженого та інших військовослужбовців РФ, які перебували в автомобілі, жодної небезпеки. Потерпілий не був озброєний, був одягнутий у цивільний одяг і ніяким чином не відреагував на автомобіль із військовослужбовцями РФ, а тому в них не було жодних підстав сприймати його як учасника бойових дій. Наявність у руці у потерпілого мобільного телефону також жодним чином не давала підстав вважати його учасником бойових зіткнень. Усі наведені дані у своїй сукупності доводять, що потерпілий був цивільною особою, щодо якої в силу п. 2 ст. 51, пп. «а» п. 3 ст. 85 Додаткового протоколу I заборонялося застосування актів насильства під час міжнародних збройних конфліктів. Належність потерпілого до цивільного населення мала очевидний характер, а тому засуджений, отримавши від особи, матеріали щодо якої виділені в окреме провадження, наказ про його вбивство, повинен був відмовитись від його виконання. Вироком Чернігівського районного суду Чернігівської області від 27.04.2023 року у справі № 734/2129/22 двох військовослужбовців ЗС РФ, один з яких був начальником та віддав злочинний наказ порушити закони та звичаї війни, а інший – його підлеглим, та виконав такий наказ, засуджено за ч. 2 ст. 28 – ч. 1 ст. 438 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 11 років (підлеглого, який виконав наказ) та на строк 11 років 6 місяців (командира, який віддав злочинний наказ).

Цей вирок було оскаржено до апеляційного суду захисником того військовослужбовця ЗС РФ, який був підлеглим та виконав наказ. Зокрема, захисник в апеляційній скарзі стверджує, що обвинувачений виконував злочинний наказ свого безпосереднього начальника (командира), по відношенню до якого він був підлеглим, а отже залежним, а тому ця обставина може визнаватися судом як така, що пом'якшує покарання. Водночас у цій справі Чернігівський апеляційний суд ухвалою від 09.08.2023 залишив без зміни вирок суду першої інстанції та відхилив зазначені доводи захисника.

Отже, судова практика національних судів стосовно кримінально-правової оцінки дій військовослужбовців ЗС РФ крізь призму наявності фактичного складу такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання ними злочинних наказів своїх командирів на порушення законів і звичаїв війни, відповідає міжнародним стандартам у цій частині. При цьому можна стверджувати про формування в цій частині правової аксіоми (з грец. ϕξίωμα – твердження, положення), тобто постулату, вихідним положенням

якої-небудь теорії, що визнається в межах даної теорії істинним без необхідності доведення й використовується при доведенні інших її положень, які, своєю чергою, називаються теоремами [9, с. 5], об'єктивна основа якого міститься у закономірностях, властивостях спеціально-юридичних принципах права і слугує для спрощення правового регулювання [10, с. 10].

Йдеться про таку правову аксіому, як безумовне настання кримінальної відповідальності для всіх військовослужбовців ЗС РФ, які в складі цієї злочинної організації вчиняють злочини на території України, у тому числі порушення законів і звичаїв війни. Сама належність особи до військовослужбовців ЗС РФ, факт їх участі у війні проти України на боці РФ свідчить про те, що вони усвідомлювали суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачали, що вчиняють саме таке суспільно небезпечне діяння, та бажали його вчинити. Окрім того, щодо військовослужбовців ЗС РФ існує неспростовна презумпція того, що вони усвідомлювали та були обізнаними з законами та звичаями війни, які порушили на території України, виконуючи злочинні накази військово-політичного керівництва держави-агресора. Тобто розгляд дій військовослужбовців ЗС РФ, які на території України порушили закони та звичаї війни, крізь призму наявності фактичного складу такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження, є недопустимим, що відповідає стандартам у сфері міжнародного гуманітарного права.

Список використаних джерел:

1. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від. 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.07.1977. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#o628
2. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/984_011
3. Платонов С. С. Проблеми ратифікації та імплементації Римського статуту в Україні // Проблеми захисту прав людини: міжнародно-правові та національні аспекти: матеріали наукової студентської конференції (Одеса, 10 грудня 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 68–72
4. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних воєнних злочинців європейських країн осі від 08.08.1945. URL: https://zakononline.com. ua/documents/show/140950___140950
5. Статут Міжнародного трибуналу по Югославії від 25.05.1993. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/141926___529259

6. Статут Міжнародного трибуналу по Руанді від 08.11.1994. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/161108___525193
7. Пилипенко В. Відповідальність за вчинення воєнних злочинів на виконання наказу // Jurnalul juridic național: teorie şi practică. 2017. № 4. С. 186–189.
8. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання: міжнародний документ ООН від 10.12.1874. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text
9. Зленко І. П. Концептуальні питання значення правових аксіом // Наукові записки. Серія: Право. 2021. Вип. 1. С. 4–8.
10. Зеленко І. П. Правові аксіоми Підходи до розуміння. *Наукові записки*. Серія: Право. 2020. № 9. С. 8–12

Берднік І. В.,
доктор юридичних наук, професор,
консультант аналітичного відділу підготовки прокурорів
Тренінгового центру прокурорів України,
м. Київ

КВАЛІФІКАЦІЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ, ЯКІ ПОСЯГАЮТЬ НА ДОВКІЛЛЯ, В УМОВАХ МІЖНАРОДНОГО ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ

В умовах збройної агресії проти України особливої гостроти набуває проблематика охорони довкілля. Природа є мовчазним свідком і жертвою війни адже для неї наслідки бойових дій часто є вкрай важкими, а інколи і незворотними.

Наразі Спеціалізованими екологічними прокуратурами Офісу Генерального прокурора та областей здійснюється процесуальне керівництво досудовим розслідуванням та підтримання публічного обвинувачення у кримінальних провадженнях у сфері охорони навколишнього природного середовища, пов'язаних зі збройною агресією, у 252 кримінальних провадженнях, з них – 15 за фактами вчинення екоцидів [1].

Злочини проти довкілля, пов'язані з міжнародним збройним конфліктом, підлягають кваліфікації за ознаками ст. 438 або ст. 441 КК) України. За наявності ознак застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України, дії винних осіб слід кваліфікувати за ст. 439 КК.

Дії особи, яка порушила закони та звичаї війни проти довкілля в умовах збройного конфлікту, потрібно кваліфікувати за ч. 1 ст. 438 КК. Формулюючи об'єктивну сторону цього злочину законодавець встановив кримінальну відповідальність за:

- *застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України;*
- *віддання наказу про вчинення таких дій* [2, с. 1360].

Диспозиція ч. 1 ст. 438 КК є бланкетною та в частині захисту довкілля в умовах збройного конфлікту відсилає до положень міжнародного гуманітарного права [3]. Не дивлячись на те, що для воєнних злочинів нормативними документами Міжнародного кримінального суду передбачена інша структура: матеріальний елемент, ментальний елемент і контекстуальний елемент (або контекстуальні обставини) [4], кваліфікація за ознаками злочину, передбаченого ст. 438 КК, вимагає встановлення традиційної структури складу злочину: суб'єкт, об'єкт, суб'єктивна сторона та об'єктивна сторона.

Отже, у ході досудового розслідування посягань проти довкілля під час збройного конфлікту, встановленню підлягають:

За об'єктом злочину:

- контекстуальні обставини (елемент), а саме те, що діяння вчинене під час міжнародного або неміжнародного збройного конфлікту, в контексті збройного конфлікту й у зв'язку з ним (обставини, що визначають загальну обстановку, спосіб, обставини бойових дій) [5];
- компоненти довкілля як основа існування людини: безпосередньо довкілля, довкілля як цивільний об'єкт, об'єкти, пов'язанні з вивченням та охороною довкілля, об'єкти, що містять небезпечні сили.

За об'єктивною стороною – дії у вигляді (альтернативні форми дій):

- нападу[4] на довкілля як цивільний об'єкт, який не є військовою ціллю[5]; склад злочину не вимагає фактичного заподіяння шкоди; за наявності шкоди підлягає встановленню причинно-наслідковий зв'язок між вказаним діянням і наслідками;
- нападу на військову ціль, який, як очікується, може завдати довкіллю випадкової шкоди[6], яка була б явно надмірною порівняно з очікуваною конкретною та безпосередньою військовою перевагою[7]; склад злочину не вимагає фактичного заподіяння шкоди; за наявності шкоди слід довести причинно-наслідковий зв'язок між вказаним діянням та наслідками;
- використання методів або засобів ведення війни, що мають на меті завдати

4 «Напад» означає акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони (ст. 49(1) Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р. (далі – ДП I).

5 Довкілля та будь-яка його частина є цивільним об'єкт за визначенням, якщо воно не перетворено на військову ціль. Напад не може бути спрямований проти довкілля взагалі, виняток становить ситуація, за якої він спрямований проти конкретної його частини, що стала військовою ціллю. Будь-яка частина довкілля, яка не є військовою ціллю, захищена загальними принципами та правилами ведення бойових дій, що захищають цивільні об'єкти, зокрема й із принципами розрізнення (передбачає заборону невибіркових нападів), пропорційності й запобіжних заходів.

6 Втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб та шкода цивільним об'єктам або те й інше разом, які були б надмірними щодо конкретної і безпосередньої воєнної переваги, якої передбачається таким чином досягти.

7 Вислів «конкретна і безпосередня військова перевага» означає військову перевага, яку передбачає виконавець у конкретний час. Така перевага може бути або не бути за часом або географічно пов'язана з об'єктом нападу. Той факт, що в положенні про цей злочин допускається можливість заподіяння на законних підставах випадкової загибелі або супутньої шкоди, жодним чином не виправдовує будь-яке порушення права, що застосовується під час збройного конфлікту. У ньому також не розглядається питання про виправдання дій у воєнний час або про інші норми, пов'язані з *jus ad bellum*. Воно відображає вимогу щодо пропорційності (сумірності), яка обов'язково враховується під час визначення правомірності будь-яких воєнних дій в умовах збройного конфлікту.

або, як можна очікувати, завдадуть широкомасштабну[8], довготривалу[9] та серйозну[10] шкоду[11] довкіллю; склад злочину не вимагає фактичного заподіяння шкоди; водночас у випадку наявності такої шкоди має бути встановлений причинно-наслідковий зв'язок між вказаними діями та наслідками;

- знищення частини природного середовища або майна, що використовуються для вивчення та охорони довкілля, яке є власністю супротивника[12], окрім випадків, коли цього вимагає нагальна військова необхідність[13]; склад злочину вимагає фактичного заподіяння шкоди та доведення причинно-наслідкового зв'язку між вказаними діями та наслідками;
- нанесення удару по об'єктах, які складаються із однієї чи декількох будівель, призначених для цілей освіти, науки, історичних пам'ятках, які не є військовими об'єктами; склад злочину не вимагає фактичного заподіяння шкоди, але за її наявності слід встановлювати причинно-наслідковий зв'язок між вказаними діянням та наслідками;
- привласнення виконавцем певного майна, зокрема й: а) майна, що використовується для вивчення та охорони довкілля; б) частини природного середовища, яке є майном; в) цінних природних ресурсів з наміром позбавити власника його майна та привласнити його для приватного або особистого використання[14] без згоди власника; склад злочину вимагає фактичного заподіяння шкоди та встановлення причинно-наслідкового зв'язку між вказаними діянням і наслідками;
- нападів, руйнування, знищування або виведення з ладу об'єктів, необ-

8 Термін «широкомасштабна» шкода – шкода, яка поширюється на кілька сотень квадратних кілометрів.

9 Наслідки цієї шкоди тривають роками, тобто десятки років, включаючи тривалість непрямих наслідків.

10 Передбачає руйнування екосистеми чи заподіяння шкоди екосистемі або здоров'ю чи виживанню населення у великих масштабах, причому ця заборона не поширюється на звичайну шкоду, спричинену переміщенням військ та артилерійським вогнем у конвенційній війні. *Усі три умови є кумулятивними, тобто це означає, що для того, аби досягти порогу шкоди, мають бути виконані всі умови.*

11 Шкода, заподіяна будь-якими методами або засобами ведення війни, включно з випадковою шкодою, що досягає відповідного порогу шкоди. При цьому напад мав такий характер, що у конкретному випадку став причиною завдання широкомасштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, і така шкода була за своїм обсягом явно непропорційна очікуваній конкретній і безпосередній загальній військовій перевазі.

12 Застосовується щодо знищення майна супротивника, включно з будь-якою частиною довкілля (і особливо природних ресурсів), якщо цього не вимагає нагальна військова необхідність, незалежно від того, чи досягає заподіяна шкода порогу широкомасштабної, довготривалої та серйозної шкоди.

13 Згідно з цією нормою знищення частин природного середовища буде законним лише за умови дотримання певного високого стандарту військової необхідності.

14 Не виправданого військовою необхідністю.

хідних для виживання цивільного населення, зокрема коли такі об'єкти є частиною природного середовища, окрім випадків, передбачених в статтях 54 (ДП I) [6]; склад злочину вимагає фактичного заподіяння шкоди та причинно-наслідкового зв'язку між вказаними діянням і наслідками;

- нападу на установки та споруди (греблі, дамби й атомні електростанції), що містять небезпечні сили, крім випадків, передбачених у ст. 56 (ДП I) [6]; склад злочину не вимагає фактичного заподіяння шкоди; за наявності наслідків встановленню підлягає причинно-наслідковий зв'язок між вказаними діями та наслідками;
- військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на навколишнє середовище, які мають широкомасштабні, довготривалі або серйозні наслідки[15], як способу руйнування, завдання збитків або заподіяння шкоди; склад злочину вимагає фактичного заподіяння шкоди та причинно-наслідкового зв'язку між вказаними діянням і наслідками;
- застосування речовини або зброї, яка внаслідок використання зброї виділяє речовину[16]; склад злочину не вимагає фактичного заподіяння шкоди; а за її наявності - встановлення причинно-наслідкового зв'язку між вказаними діянням і наслідками;
- нападів із застосуванням запалювальної зброї на ліси або інші види рослинного покриву, крім випадків, коли вони використовуються для укриття, приховування або маскування комбатантів або інших воєнних цілей, або самі по собі є воєнними цілями; склад злочину вимагає фактичного заподіяння шкоди; причинно-наслідковим зв'язком між вказаними діянням і наслідками.

Під час оцінювання наслідків щодо природного середовища, важливо встановити:

- стан природного середовища до моменту початку збройного конфлікту, його характерні особливості;
- характеристику дій сторони збройного конфлікту в частині впливу на природне середовище (засіб або метод ведення війни; статус об'єкта, який містить небезпечні сили та на який було вчинено напад, тощо);
- зміну стану навколишнього природного середовища чи прогнозований негативний вплив внаслідок такої зміни.

За суб'єктом злочину:

- особа, осудність, вік кримінальної відповідальності, статус, громадянство, належність до збройних сил, інших видів комбатантів або до окупаційної

15 Визначення наслідків відповідно Конвенції про заборону воєнного або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище, 10 грудня 1976 р. (Конвенція 1976 р.).

16 Ця речовина є такою, що внаслідок токсичних якостей вона під час нормального розвитку подій завдає смерть або серйозну шкоду здоров'ю.

влади, звання, посада (її функціональні обов'язки, роль у конфлікті, повноваження), назва конкретного підрозділу чи належність до окупаційної влади тощо; підпорядкованість, прямий і безпосередній начальник (командир);
- особа, яка віддала наказ: особа, осудність, вік кримінальної відповідальності, статус, громадянство; належність до збройних сил ворога, інших видів комбатантів або до окупаційної влади, звання, посада (її функціональні обов'язки, роль у конфлікті, повноваження), назва конкретного підрозділу чи належність до окупаційної влади тощо; характер, обсяг владних повноважень; підпорядкованість, прямий і безпосередній начальник (командир) особи; особи, які перебувають у підпорядкуванні.

За суб'єктивною стороною:
- вина у формі прямого умислу щодо дій та наслідків;
- усвідомлення суб'єктом фактичних обставин, що свідчать про існування міжнародного збройного конфлікту та про порушення норм міжнародного гуманітарного права.

Отже, встановлення усіх елементів злочинів, що в умовах міжнародного збройного конфлікту посягають на довкілля, та належна кваліфікація вчинених діянь дозволяє притягнути осіб, які їх вчинили, до відповідальності за порушення законів та звичаїв війни.

Список використаних джерел:

1. Єдиний звіт про кримінальні правопорушення по державі за січень-травень 2023 року. Офіс Генерального прокурора. URL: http://surl.li/bnzkm
2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 11-те вид., перероб., та допов. Київ: Дакор, 2019. 1384 с.
3. Хавронюк М. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни: двадцять запитань та відповідей. *Центр політико-правових реформ*. 19 вересня 2022. http://surl.li/eigfe
4. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 1.07.1998. URL: http://surl.li/cbowh
5. Анісімов Г. Під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни важливим є встановлення контекстуального аспекту. *Верховний суд.* 04.07.2022. URL: http://surl.li/phriz
6. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 08.06.1977. URL: http://surl.li/brsas

Броневицька О. М.,
кандидат юридичних наук, доцент
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
Інституту права Львівського державного університету
внутрішніх справ,
м. Львів

ГЕНДЕРНО ЗУМОВЛЕНЕ ТА СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО В УМОВАХ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ (ПРИМУСОВИЙ ШЛЮБ: ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ)

Про гендерно зумовлене та сексуальне насильство як його найтяжчий прояв опублікована чимала кількість досліджень, зокрема, я свій виступ на Львівському форумі кримінальної юстиції, який відбувся у жовтні 2023 р., також присвятила аналізу сексуального насильства в умовах війни [1, с. 72-78]. Тому тут мова піде про такий злочин, як примусовий шлюб, та міркування про те, як кваліфікувати змушування особи по шлюбу відповідно до норм міжнародного права та практики міжнародних судових установ.

Ґендерні злочини на сьогоднішній час вчиняються під час збройних конфліктів по всьому світу. Примусові шлюби були поширені в Сьєрра-Леоне, Камбоджі та Уганді, і виникла дискусія щодо того, як їх слід кваліфікувати в міжнародному кримінальному праві (далі - МКП). Основне питання, чи слід кваліфікувати примусові шлюби як «сексуальне рабство» або «інші нелюдські діяння» в МКП? Судді, використовуючи принцип *nullum crimen sine lege* як інструмент у рішеннях міжнародних кримінальних трибуналів і МКС, вважають, що відповідно до цього принципу примусові шлюби слід кваліфікувати як «інші нелюдські діяння».

Тисячі жінок і дівчат були та продовжують бути жертвами злочинів на гендерній основі, як зброя чи тактика війни, або через те, що вони розглядалися або розглядаються як нагорода переможцям [4, с. 90]. Протягом певного періоду часу гендерні злочини вважалися «забутими» злочинами міжнародного права [2, с. 76], оскільки жертв не розуміли та маргіналізували не лише місцеві громади, а й міжнародна кримінально-правова система [5, с. 44]. Проте, ad hoc міжнародні кримінальні трибунали та МКС за останні роки здійснили «стрибок» в демонстрації своєї відданості судовому переслідуванню таких злочинів: яскравими прикладами є засудження за примусові шлюби у Спеціальному суді для Сьєрра-Леоне (далі - СССЛ), надзвичайних палатах у судах Камбоджі (далі - НПСК) та МКС [3; 9; 10; 11].

Рішення СССЛ, НПСК та МКС щодо примусових шлюбів відображають контраверсійність точки зору на це питання. Дехто стверджує, що примусові

шлюби найбільш точно відповідають характеристиці «сексуальне рабство», тоді як інші вважають, що примусові шлюби є «багаторівневими» діяннями, які містять як сексуальні, так і несексуальні елементи та піддають жертв повторним фізичним, психічним і сексуальним діям протягом певного періоду часу, і, отже, їх краще віднести до категорії «інші нелюдські дії» [14]. До цього дня примусові шлюби не кодифіковані в статутах жодних міжнародних кримінальних трибуналів та Статуті МКС як самостійний злочин.

Під час збройного конфлікту в *Сьєрра-Леоне* сотні жінок і дівчат були викрадені та змушені стати «польовими дружинами» своїх викрадачів. Як повстанські сили, так і урядові сили та їхні союзники, включаючи сили цивільної оборони, були залучені до таких звірств [13]. У звіті Комісії правди та примирення Сьєрра-Леоне підкреслюється, що жінок та дівчат утримували в умовах надзвичайної жорстокості з навмисним наміром зґвалтувати їх та вчиняти інші акти сексуального насильства щодо них [12], і що урядові сили та повстанці викрадали жінок і дівчат, утримуючи їх проти їхньої волі, примушуючи до шлюбу, ґвалтуючи їх, використовуючи їх як сексуальних рабинь і вчиняючи низку інших жорстоких і нелюдських дій щодо них [12]. Статус «польової дружини» передбачав не тільки застосування сексуального насильства – жінок і дівчат також змушували готувати їжу, прибирати та виховувати дітей своїх викрадачів, а також їх били, таврували та різали.

На жаль, визначити точну статистику щодо кількості жінок, які були змушені укладати такі «шлюби», важко, оскільки лише деякі «шлюби» були укладені шляхом офіційної церемонії. Дійсно, «шлюби», про які йдеться, помітно відрізнялися від шлюбу за законами та звичаями Сьєрра-Леоне, оскільки кілька офіційних церемоній, які проводилися, не відповідали жодному визнаному релігійному чи цивільному союзу; вони відбувалися за відсутності згоди «дружини» або її родини в порушення вимог і форм таких шлюбів [8]. Ці примусові шлюби принижували і спотворювали сам інститут шлюбу, оскільки цих жінок змушували брати на себе всі обов'язки дружини, і водночас останні були позбавлені можливості отримати будь-які права чи привілеї, які традиційно та законно надаються членам подружжя. Багато таких «дружин» залишалися зі своїми «чоловіків» після закінчення війни через стигматизацію, страх і відсутність можливостей реінтеграції в їхні громади.

Рішення Апеляційної палати СССЛ у справі AFRC, винесене 22 лютого 2008 року, також стало історичним прецедентом для визнання гендерних злочинів, у якому було встановлено, що примусовий шлюб підпадає під категорію інших нелюдських дій як злочинів проти людяності. Кількома роками пізніше Чарльз Тейлор, колишній президент Ліберії, був засуджений у квітні 2012 року за 11 звинуваченнями у воєнних злочинах, злочинах проти людя-

ності та серйозних порушеннях міжнародного гуманітарного права під час конфлікту та засуджений до 50 років ув'язнення. Палата СССЛ у цій справі ухвалила суперечливе рішення, відповідно до якого примусові шлюби кваліфіковано не як «інші нелюдські діяння», а як «сексуальне рабство», що спонукає дослідників критикувати це рішення як невизнання «багаторівневої» природи примусових шлюбів [7].

В *Камбоджі* під час режиму червоних кхмерів шлюби укладалися між людьми, які ніколи раніше не зустрічалися на публічних масових церемоніях. Шлюби були безособовими, і подружні пари зазвичай розділяли через кілька днів. Жінки погоджувалися на шлюб через насильство або страх потенційного насильства, або щоб уникнути відправлення на каторгу. Крім того, укладення шлюбу було обов'язковим: відмова призводила до побиття, в'язниці або навіть смерті. Шлюби в Камбоджі були питанням державної політики [6, с. 1025-1026]. Справа 002, розпочата 15.09.2010 НПСК, в якій четверо обвинувачених, Нуон Чеа, Кхієу Самфан, Ієнг Сарі та Ієнг Тіріт - члени Центрального комітету червоних кхмерів були обвинувачені у злочинах проти людяності, геноциді та серйозних порушеннях Женевських конвенцій 1949 р. Палата встановила, що примусові шлюби, описані вище, повинні підпадати під категорію «інших нелюдських дій» як злочинів проти людяності [14].

В *Уганді* керівництво армії опору здійснювало жорсткий контроль за сексуальністю викрадених жінок і дівчат шляхом залякування, дискримінації та насильства. Лідер армії опору Джозеф Коні примусово одружився на понад 40 жінках, які народили десятки дітей після зґвалтування та примусового шлюбу. Командири його армії мали в середньому по п'ять примусових дружин, бійці нижчого рівня мали одну або дві. Роль «дружин» була не лише сексуальним рабством, а жінок і дівчат змушували готувати, прибирати, брати участь у бойових діях [14]. Апеляційна палата МКС у справі проти Домініка Онгвена постановила, що примусові шлюби становили «інші нелюдські діяння» в розумінні Статуту МКС [9].

Елементи складу злочину у вигляді примусового шлюбу. Розглядаючи характер примусових шлюбів, які мали місце під час конфліктів у Сьєрра-Леоне, Камбоджі та Уганді, можна зробити висновок про елементи складу злочину у вигляді примусового шлюбу. Actus reus може бути примушуванням особи бути фактичним подружжям, у тому числі примушуванням до вчинення дій або виконання завдань несексуального та/або сексуального характеру. Mens rea злочину, як і для багатьох злочинах проти людяності, може полягати в тому, що злочинець мав умисел нав'язати такі фактичні шлюби. СССЛ, НПСК та МКС погоджуються, що примусові шлюби є діяннями, які заслуговують на окрему криміналізацію, однак наразі не було значних зусиль включити їх як

окремий злочин до злочинів проти людяності. Натомість питання полягало в основному в тому, чи можна віднести примусовий шлюб до інших злочинів, які вже передбачені статутами трибуналів.

Сексуальне рабство. Визначення «сексуальне рабство» передбачене в статті 2(g) Статуту СССЛ і статті 7(1)(g) Римського статуту, які також забороняють зґвалтування, примусову проституцію, примусову вагітність, примусову стерилізацію або будь-яку іншу форму сексуального насильства відповідної тяжкості. Примусові шлюби неможливо ототожнювати із «сексуальним рабством», як наразі зазначено в статутах, оскільки примусові шлюби є багаторівневими за своєю природою.

Інші нелюдські діяння. Визначення «інших нелюдських діянь» передбачене у статті 2(i) Статуту СССЛ, статті 5 Закону «Про Надзвичайні Палати Суду Камбоджі» та статті 7(1)(k) Римського статуту. Апеляційна палата СССЛ у справі AFRC підкреслила, що мета категорії «інших нелюдських діянь» полягає в тому, щоб бути запасним положенням, яке охоплює будь-які інші злочини проти людяності, щоб заповнити будь-яку «лазівку» для злочинців уникнути відповідальності. Примусові шлюби можна було б включити до категорії «інших нелюдських діянь».

Підводячи підсумок, можна сказати, що прирівнювання примусових шлюбів до «сексуального рабства» не відповідатиме принципу nullum crimes sine lege, оскільки примусові шлюби вважаються багаторівневими злочинами. Однак їх справді можна віднести до «інших нелюдських діянь» Хоча діяння при вчиненні сексуального рабства та примусових шлюбів можуть певним чином збігатися з точки зору їх actus reus і mens rea, сексуальний елемент не є визначальною характеристикою примусових шлюбів. Таким чином, видається більш доцільним включати примусові шлюби до «інших нелюдських діянь», ніж кваліфікувати їх як «сексуальне рабство».

Список використаних джерел:

1. Броневицька О. М. Сексуально та гендерно-зумовлені злочини в умовах збройного конфлікту. Львів. форум крим. юстиції (м. Львів, 26-27 жовт. 2023 р.): збірн. мат-лів. С. 72–78.
2. Antonio Cassese (ed.), The Oxford Companion to International Criminal Justice. Oxford University Press, 2009. 1200 p.
3. Case 002/01 Judgement on 7.08.2014. Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia. URL: http://surl.li/phrjy
4. Chile Eboe-Osuji International Law and Sexual Violence in Armed Conflicts. 2012. 372 p.
5. Frances Nguyen Untangling Sex, Marriage, and Other Criminalities in Forced

Marriage. *Goettingen Journal of International Criminal Law*. 2014. Volume 6, No. 1. URL: http://surl.li/phrkw
6. Jain Neha Forced Marriage as a Crime Against Humanity: Problems of Definition and Prosecution. *Journal of International Criminal Justice. 2008. #* 6 (5). P. 1013–1032.
7. James M. Clark, Forced Marriage: the Evolution of a New International Criminal Norm. *Aberdeen Student Law Review*. 2012. # 4. URL: http://surl.li/phrkz
8. Michael P. Scharf and Suzanne Mattler, Forced Marriage: Exploring the Viability of the Special Court for Sierra Leone's New Crime Against Humanity, URL: file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id824291.pdf
9. Prosecutor v. Domonic Ongwen. Appeal Chamber. Decision on 15.12.2022. URL: http://surl.li/phrlt
10. Prosecutor v. Alex Tamba BRIMA Brima Bazzy KAMARA Santigie Borbor KANU. Trial Chamber II. Special Court on Sierra Leone. Decision on 20.06.2007. URL: http://surl.li/galby
11. Prosecutor v Charles Ghankay Taylor on 08.02.2013. Trail Chamber II. Special Court on Sierra Leone. URL: http://surl.li/phrmc
12. Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission Report Witness to Truth: Report of the Sierra Leone Truth & Reconciliation Commission. URL: http://surl.li/phrmn
13. The Armed Conflict in Sierra Leone. URL: http://surl.li/phrmp
14. Victoria May Kerr Should Forced Marriages be Categorised as 'Sexual Slavery' or 'Other Inhumane Acts' in International Criminal Law? URL: file:///C:/Users/User/Downloads/473-1368-1-PB.pdf

Водянніков О. Ю.,
кандидат юридичних наук, LLM,
Старший проєктний співробітник
Програми підтримки ОБСЄ для України
м. Відень / м. Київ

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МИРУ: «ЛІДЕРСЬКИЙ» ЕЛЕМЕНТ СТАТТІ 437 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Кримінальний кодекс України (далі – КК) – один з небагатьох в світі, що криміналізує злочин агресивної війни. Цьому присвячена ст. 437 КК. Однак до недавнього часу українська юридична доктрина кримінального права не приділяла належної уваги дослідженню проблематики цього положення, а судова практика не мала нагоди сформувати правові позиції. Однак у зв'язку з агресією проти України постає нагальне питання щодо значення, змісту і застосування цієї статті.

Стаття 437 КК криміналізує планування, підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни. Це положення складається з двох частин: перша частина визначає склад злочину у формі планування, підготовки або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій; друга частина - ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій. Ці положення є імплементацією (з певними змінами) поняття злочину агресивної війни, що склалося в загальному міжнародному праві і базується на положеннях Статутів Нюрнберзького і Токійського трибуналів та Закону Союзницької Контрольної Ради[17] «Покарання осіб, винних у вчинені воєнних злочинів, злочинів проти миру та проти людяності» № 10 від 20.12.1945 [докл. див. 1, с. 14-18][18].

В міжнародному праві кримінальна відповідальність за цей злочин становить вторинну (похідну) норму *vis-à-vis* первинної норми *ius ad bellum*, що регулює використання сили в міжнародних відносинах, адже агресія може бути вчинена виключно від імені держави та в якості частини державного плану чи політики.

17 Орган верховної влади в окупованій союзниками Німеччині після II світової війни.

18 Злочин проти миру в міжнародному праві має дві форми – злочин агресивної війни згідно з загальним міжнародним правом (міжнародний звичай) і злочин агресії згідно зі Статутом Міжнародного кримінального суду (МКС) (міжнародний договір). Тому доречно говорити про нюрнберзьке визначення злочину агресивної війни, що сформувалося на підставі формулювань Статутів Міжнародного воєнного трибуналу в Нюрнберзі, Міжнародного воєнного трибуналу для Далекого Сходу в Токіо і практики нюрнберзьких процесів, та кампальське визначення злочину агресії, що закріплене в Статуті МКС. Це має значення для розуміння, тлумачення і застосування злочину агресивної війни, встановленому ст. 437 КК, яка була прийнята до кампальського формулювання злочину агресії і базується на нюрнберзькому визначенні.

Формулювання ст. 437 КК криміналізує дії у таких можливих формах: (1) планування та підготовка[19] агресивної війни; (2) планування і підготовка воєнного конфлікту; (3) розв'язування агресивної війни; (4) розв'язування воєнного конфлікту; (5) участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій; (6) ведення агресивної війни та (7) ведення агресивних воєнних дій. Воно є ширшими за нюрнберзьке формулювання, адже включає таке поняття як «воєнний конфлікт» та ширшими за формулювання статті 8bis Статуту МКС (кампальське формулювання), адже не містить кваліфікуючих ознак грубого порушення Статуту ООН в частині характеру, тяжкості та масштабів. Однак між нюрнберзьким формулюванням, яке було використане для формулювання ст. 437 КК, і кампальським визначенням є суттєві відмінності:

1) в положення статті 8bis Статуту МКС замість «ведення» агресивної війни (waging of aggressive war) використаний термін «вчинення» акту агресії (*execution of an act of aggression*);

2) в положенні статті 8bis Статуту МКС немає згадки про «спільне планування чи змові чи змову» з метою підготовки і розв'язання агресивної війни;

3) в статті 8bis Статуту МКС встановлений чіткий «лідерський» елемент, який визначає суб'єкта злочину як особу, яка спроможна фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними; в нюрнберзькому формулюванні такий елемент виводиться з контексту і установчих актів трибуналів [див. 1, с. 16];

4) в статті 8bis Статуту МКС замість «агресивної війни» використаний термін «акт агресії», адже розробники цього положення мали намір охопити випадки неправомірних анексій чи інших дій, що вчиняються не через застосування сили, а через погрозу силою [3, с. 567].

Ці відмінності дають підстави для висновку, що злочин агресії в договірному праві має відмінності в порівнянні з прийнятим в загальному міжнародному праві поняттям злочину агресивної війни. Це має значення для розуміння, тлумачення і застосування злочину агресивної війни, встановленому статтею 437 КК.

В міжнародному кримінальному праві злочин агресії є винятково «лідерським» злочином [4, с. 477-497; 5, с. 307]. Це слідує як з практики Нюрнберзького і Токійського трибуналів (хоча прямо в текстах їхніх статутів це не було передбачено), так і прямо передбачено Статутом МКС, ч. 3 bis ст. 25 якого передбачає, що притягати до відповідальності за злочин агресії можна лише осіб, які спроможні фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними.

19 Практика Нюрнберзького Трибуналу вказує на те, що Трибунал не робив жодного чіткого розрізнення між плануванням і підготовкою, об'єднуючи ці два поняття в одну логічну конструкцію і один склад злочину [див. 2, с. 376, para. 116].

В міжнародно-правовій доктрині існує декілька обґрунтувань такого підходу. Так наприклад, деякі автори вважають, що такий підхід має мотивувати комбатантів, що воюють у збройних силах агресора чи на його боці, дотримуватися вимог міжнародного гуманітарного права [6, с. 1134; 7, с. 9]. Антоніо Касезе виводить цю особливість злочину агресії з «притаманних характеристик агресії» як «злочину, притаманному політичним і військовим лідерам і іншим високопосадовцям держави» [8, с. 848]. На мою думку, обґрунтування такого підходу поряд з наведеним міркуваннями має зважати і на дещо інше. По-перше, злочин агресії є злочином проти самих засад міжнародного правопорядку, в якому, як сказав Міжнародний воєнний трибунал, зосереджене все зло інших злочинів [див. 9, с. 427]. Тому розширення суб'єктного складу цього злочину вестиме до моральної девальвації тих цінностей, які має захистити криміналізація цього діяння. По-друге, «лідерський» характер складу злочину агресії та агресивної війни випливає з принципу індивідуальної відповідальності. Міжнародні злочини в силу свого характеру, розмаху і тяжкості завжди характеризуються колізією між колективним виміром злочину і індивідуальною відповідальністю [10, с. 35]. Однак особа має нести відповідальність за власні протиправні дії, а не за протиправні дії інших [11, с. 12]. Останнє є проявом колективної відповідальності та колективної вини. Колективна відповідальність і колективна вина є не тільки морально неприйнятними і такими, що суперечать засадам сучасного кримінального права, але й позбавляють ефективності криміналізацію діянь, визнаних злочинними.

Цей підхід також закладений в статті 437 КК, адже планування, підготовка, розв'язання та ведення агресивної війни як кримінально-карані діяння вимагають не тільки наявності умислу, але й реальної можливості в обвинувачених осіб реалізувати такий умисел. Як і у випадку формулювань Статуту МКС, стаття 437 КК вимагає, аби притягнути особу до кримінальної відповідальності, вона повинна бути спроможною фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними. Це ж підтверджується практикою Нюрнберзького трибуналу, який досить докладно розглянув це питання у справі *Wilhelm von Leeb, et al* [12, с. 488-489], в якій Трибунал визначив такі елементи злочину агресивної війни: (1) фактична обізнаність, що планується агресивна війна і у випадку її розв'язання вона становитиме агресивну війну; (2) наявність можливості формувати чи впливати на політику, що веде до розв'язання чи продовження агресивної війни[20].

20 Як зазначив Трибунал у справі *Göring et al*., «Однак однієї обізнаності недостатньо для визнання злочинною участь навіть вищих військових офіцерів у війні. Це вимагає додатково, аби особа, що стала обізнаною, мала змогу формувати чи впливати на політику, що веде до розв'язання чи продовження агресивної війни, або шляхом сприяння, або перешкоджання чи попередження» [9, с. 466].

Як підсумував Трибунал у цій справі, «Власне не ранг чи статус особи, а його чи її спроможність формувати чи впливати на політику його держави є визначальним питанням для встановлення його чи її кримінальної відповідальності за звинуваченнями у злочинах проти миру»[21]

Практика Нюрнберзьких трибуналів щодо притягнення до кримінальної відповідальності за злочини проти миру має особливе значення для тлумачення і застосування статті 437 КК. Це положення імплементує в національне кримінальне право нюрнберзьке формулювання злочину, що існує в загальному міжнародному праві. Кримінальний кодекс України – єдиний кодифікаційний акт України, який визнає значення загальновизнаних принципів і норм міжнародного права (а не лише міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України). Так згідно частини першої статті 3 КК законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права. Тому з огляду на характер і особливості злочинів проти миру, при застосуванні статті 437 КК суд не просто може, але й повинен звернутися до нюрнберзької спадщини, що становить загальновизнані принципи і норми міжнародного права.

Список використаних джерел:

1. Водянніков О. Злочин проти миру в міжнародному праві і в кримінальному праві України. *Право України*. 2023. № 5. С. 12-29.
2. International Law Commission, *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, with commentaries* (Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II).
3. Clark R, 'Individual Conduct' in *The Crime of Aggression: A Commentary*, vol I (Claus Kreß, Stefan Barriga eds., Cambridge University Press 2017).
4. Heller K, Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression. *European Journal of International Law*. 2007. Vol. 18, No. 3. P. 477–97.
5. Coracini A, Wrange P, The Specificity of the Crime of Aggression, in *The Crime of Aggression: A Commentary*, vol I (Claus Kreß, Stefan Barriga eds., Cambridge University Press 2017).
6. Kreß C, Time for Decision: Some Thoughts on the Immediate Future of the Crime

21 Трибунал також пояснив: «Якщо ж, однак, після того, як політика щодо розв'язання і ведення агресивної війни була сформульована, підсудний став обізнаним про те, що вторгнення і війна, що плануються, є агресивними і неправомірними, тоді він нестиме кримінальну відповідальність, якщо будучи на рівні прийняття політичних рішень, мав можливість вплинути на таку політику, але цього не зробив. Якщо і тією мірою, якою він як військовослужбовець не брав участі у підготовці, плануванні, розв'язанні чи веденні агресивної війни на політичному рівні, його дії під час війни не підпадають під визначення злочину проти миру». [9, с. 466].

of Aggression: A Reply to Andreas Paulus. *European Journal of International Law*. 2009. Vol. 20. P. 1129-1146.
7. Kreß C. 'Introduction: The Crime of Aggression and the International Legal Order' in *The Crime of Aggression: A Commentary*, vol I (Claus Kreß, Stefan Barriga eds., Cambridge University Press 2017).
8. Cassese A. On Some Problematical Aspects of the Crime of Aggression, *Leiden Journal of International Law*. 2007. Vol. 20. P. 841–49.
9. International Military Tribunal. Judgement in Göring et al. *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal: Proceedings*, vol 22 (The International Military Tribunal 1947).
10. Devresse M-S, Scalia D, 'An Empirical Analysis of International Criminal Law. The Perception and Experience of the Accused' in *The Oxford Handbook of International Criminal Law* (Kevin Jon Heller, Frédéric Mégret, Sarah MH Nouwen, Jens David Ohlin, Darryl Robinson eds., Oxford University Press 2020).
11. Damgaard C, Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes (Springer-Verlag 2008).
12. Judgement of Military Tribunal V, Wilhelm von Leeb, et al. in *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law* (No. 10. Vol XI, Nuernberg October 1946 – April 1949. Washington: US Government Printing Office, 1950)

Гловюк І. В.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін Інституту права,
Львівський державний університет внутрішніх справ,
м. Львів

ЛЮБЛЯНО-ГААЗЬКА КОНВЕНЦІЯ ДЛЯ ПОТЕРПІЛИХ ВІД МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ: НАПРЯМКИ РОЗВИТКУ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ТА ПРАКТИКИ*

Потерпілі від міжнародних злочинів, зокрема, від воєнних злочинів, відносяться до категорії вразливих потерпілих (в деяких джерелах поіменовані навіть особливо вразливими [1, p. 1]). Відмітимо, що новітні національні програмні документи та законодавство приділяють особливу увагу потерпілим від воєнних злочинів. Зокрема, Стратегічний план реалізації повноважень прокуратури у сфері кримінального переслідування за сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, наголошує саме на забезпеченні потреб потерпілих, всебічного захисту потерпілих відповідно до міжнародних стандартів і найкращих практик, а також розслідування та підтримання публічного обвинувачення у кримінальних провадженнях про СНПК, орієнтованих на інтереси потерпілих [2]. Концепція реалізації Механізму підтримки потерпілих і свідків воєнних та інших міжнародних злочинів (затверджена Наказом Генерального прокурора 11.04.2023 № 103) виходить з завдання щодо вжиття заходів, щоб потерпілі могли повноцінно та ефективно брати участь у кримінальному провадженні, були захищені від вторинної та повторної віктимізації, від залякування та помсти, а також здобували відповідну підтримку для полегшення їх відновлення навіть у ситуації зі збройним конфліктом, який надалі триває. Важливим елементом інституційного складової є створений Координаційний центр підтримки потерпілих і свідків як підрозділ у складі Офісу Генерального прокурора.

Це свідчить про те, що Україна йде у напрямку *victim-centred approach* (підхід, орієнтований на потерпілих). Цей підхід визначається по-різному, деякі наголошують на підході, що ґрунтується на правах, інші більше зосереджені на потребах жертв і організаційних зобов'язаннях щодо потерпілих. Управління Верховного комісара ООН у справах біженців використовує таке визначення: «У контексті сексуальної експлуатації та насильства і сексуальних домагань, орієнтований на жертву підхід – це спосіб взаємодії з жертвою(ами), що надає перевагу ви-

* Фінансується Європейським Союзом. Проте висловлені погляди та думки належать лише автору (-ам) і не обов'язково відображають погляди Європейського Союзу чи Європейського виконавчого агентства з питань освіти та культури (EACEA). Ні Європейський Союз, ні Європейське виконавче агентство з питань освіти та культури (EACEA) не можуть нести за них відповідальність

слуховуванню жертви (жертв), уникає повторної травматизації, і систематично фокусується на їх безпеці, правах, благополуччі, висловлених потребах і виборах, тим самим віддаючи якомога більше під контроль жертви (жертв), наскільки це можливо, і забезпечення емпатичного та чуйного надання послуг та супроводу без осуду [3].

Цей підхід закладений і у Любляно-Гаазьку конвенцію (Конвенція про міжнародне співробітництво при розслідуванні та переслідуванні злочину геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів та інших міжнародних злочинів 2023 р.) [4] (*далі – Конвенція*), хоча включення норм щодо потерпілих не є звичним для конвенцій щодо міжнародної правової допомоги.

Конвенція у ст. 82 передбачає зобов'язання держави-учасниці вживати в межах своїх можливостей належних заходів для забезпечення ефективного захисту від можливої помсти або залякування, включаючи жорстоке поводження, потерпілих і свідків та, у відповідних випадках, їхніх родичів або представників, експертів, а також будь-яких інших осіб, які беруть участь у будь-якому розслідуванні, кримінальному переслідуванні або будь-якому іншому провадженні, що підпадає під дію цієї Конвенції, або співпрацюють з ними. Важливо, що йдеться про не лише про потерпілих, а й про свідків, експертів та інших осіб, коло яких Конвенцією не обмежене, крім ознаки участі у провадженні.

Через ці та інші норми вже зверталася увага, що у разі її ратифікації потребуватимуть верифікації з питання відповідності Конвенції норми КПК стосовно участі потерпілих у кримінальному провадженні [5, с. 576].

Якщо конкретизувати конкретні зобов'язання щодо захисту потерпілих за Конвенцією, викладені у тій же ст. 82, та їх кореляцію з кримінальним процесуальним законодавством України, то можна звести до такого:

1. Процедури для фізичного захисту, таких як, наскільки це необхідно і можливо, переселення та дозвіл, у відповідних випадках, на нерозголошення або обмеження розголошення інформації, що стосується особи та місцезнаходження. Відповідні заходи забезпечення безпеки є у Законі України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві». Утім, як вже зверталася увага, забезпечення конфіденційності відомостей про особу системно не регламентовано у КПК. Ключова проблема полягає у тому, що важливі механізми забезпечення конфіденційності відомостей про особу реалізуються як захід забезпечення безпеки, застосування якого за законодавством з реальною загрозою життю, здоров'ю, житлу і майну потерпілого, і думку потерпілого/ї та можливість повторної та вторинної віктимізації та стигматизації не враховує. Доречними були б зміни до КПК, щоб унормувати можливість захисту персональних даних за цими підставами [6]. Більше того, зважаючи на те, що загальним спрямуванням захисту

потерпілих за Конвенцією є захист від можливої помсти або залякування, то очевидно, що таке формулювання ширше формулювання Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», який підставою для вжиття заходів забезпечення безпеки зазначає дані, що свідчать про наявність реальної загрози їх життю, здоров'ю, житлу і майну (тобто як мінімум про залякування мова не йде). Отже, має бути розглянуто питання розширення підстав забезпечення безпеки з урахуванням цих положень Конвенції.

2. Процедури, що дозволяють потерпілим давати показання у спосіб, який забезпечує їхню безпеку та, у відповідних випадках, їхнє фізичне та психологічне благополуччя і недоторканність приватного життя, наприклад, використання комунікаційних технологій. Відмітимо, що вже немає питання стосовно важливості використання відеоконференції для забезпечення безпеки: це п. 2 ст. 336 КПК. Утім, дотепер спірним залишається питання про можливість участі у відеоконференції поза межами суду за допомогою власних технічних засобів, хоча у авторки цього дослідження немає сумнівів у тому, що така можливість не суперечить КПК, що детально обґрунтовано [7]. Утім, цей пункт не враховуватиме положення Конвенції про «фізичне та психологічне благополуччя і недоторканність приватного життя», хоча для цього положення може бути застосовний інший пункт ст. 336 КПК: інші обставини, визнані судом достатніми. Тому у цій частині нема нагальної потреби саме у доповненні саме ст. 336 КПК, утім, положеннями Конвенції у разі її ратифікації доречно буде обґрунтування клопотань про участь у засіданні у режимі відеоконференції. Разом з тим, важливим є ще один аспект. Серед процедур, що «дозволяють потерпілим давати показання у спосіб, який забезпечує їхню безпеку та, у відповідних випадках, їхнє фізичне та психологічне благополуччя і недоторканність приватного життя», слід розглядати і депонування показань. Натепер ст. 225 КПК передбачає, що у виняткових випадках, пов'язаних із необхідністю отримання показань під час досудового розслідування, якщо через існування небезпеки для життя і здоров'я особи, її тяжкої хвороби, наявності інших обставин, що можуть унеможливити її допит в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань, сторона кримінального провадження, представник юридичної особи, стосовно якої здійснюється провадження, мають право звернутися до слідчого судді із клопотанням провести допит такої особи в судовому засіданні, в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб. Відповідно, положеннями Конвенції у разі її ратифікації доречно буде обґрунтування клопотань про допит потерпілого слідчим суддею за підставою «наявності інших обставин, що можуть … вплинути на повноту чи достовірність показань».
3. Ці зобов'язання мають невичерпний характер (про це свідчить формулювання «можуть включати»).

Важливо, що умовою таких заходів є забезпечення права обвинуваченого на належну правову процедуру (в силу положення «без шкоди для прав обвинуваченого, включаючи право на належну правову процедуру»).

Отже, з питання кореляції норм кримінального процесуального законодавства України та Конвенції стосовно захисту потерпілих можна зробити висновок, що змін та доповнень потребуватимуть у разі ратифікації Конвенції підстави застосування заходів забезпечення безпеки (через формулювання «ефективного захисту від можливої помсти або залякування» та «встановлення процедур для фізичного захисту»), утім, з урахуванням прав захисту для обвинуваченого.

Процедури, що дозволяють потерпілим давати показання у спосіб, який забезпечує їхню безпеку та, у відповідних випадках, їхнє фізичне та психологічне благополуччя і недоторканність приватного життя, включатимуть відеоконференцію та депонування показань. Змін КПК у цьому аспекті не потребує, утім, у разі ратифікації положеннями Конвенції слід обґрунтовувати клопотання про застосування відеоконференції та про депонування показань. Разом з тим, з урахуванням прав захисту для обвинуваченого, у КПК можна передбачити і інші заходи забезпечення ефективного захисту потерпілих від можливої помсти або залякування, включаючи жорстоке поводження, як це прописано у Конвенції.

Список використаних джерел:

1. Handbook on Justice for Victims. URL: http://surl.li/phrmv
2. Стратегічний план реалізації повноважень прокуратури у сфері кримінального переслідування за сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом. URL: http://surl.li/phrna
3. Policy on a Victim-Centred Approach in UNHCR's response to Sexual Misconduct Sexual Exploitation and Abuse and Sexual Harassment. URL: http://surl.li/phrnf
4. LJUBLJANA – THE HAGUE CONVENTION ON INTERNATIONAL COOPERATION IN THEINVESTIGATION AND PROSECUTION OF THE CRIME OF GENOCIDE, CRIMES AGAINST HUMANITY,WAR CRIMES AND OTHER INTERNATIONAL CRIMES. URL: http://surl.li/phrnl
5. Гловюк І. В. Конвенція про міжнародне співробітництво при розслідуванні та переслідуванні злочину геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів та інших міжнародних злочинів: фокус положень та викликів. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2023. №5. С. 571–576. DOI http://surl.li/phrnp
6. Гловюк І. Процесуальні можливості захисту персональних даних вразливих потерпілих. URL: http://surl.li/phrnt
7. Гловюк І. Дроздов О. Проведення судового засідання у режимі відеоконференції у кримінальному провадженні: доктринальні та практичні проблеми. *Юридичний науковий електронний журнал*. С. 438–'444. DOI http://surl.li/phroa

Жук І.В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник наукової лабораторії
з проблем протидії злочинності
Національної академії внутрішніх справ
м. Київ

СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО ЯК РІЗНОВИД СЕРЙОЗНИХ ПОРУШЕНЬ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА

Протягом всієї історії збройних конфліктів злочини, пов'язані із сексуальним насильством, неодноразово застосовувалися як метод ведення воєнних дій. Не дивлячись на це, сексуальне насильство у міжнародному договірному праві не розглядалося у якості самостійного воєнного злочину до моменту його визнання окремим «серйозним порушенням законів і звичаїв війни» Міжнародним кримінальним судом (далі – МКС). Зокрема, у п. п. xxii (b), vi (e) ч. 2 ст. 8 Римського статуту до воєнних злочинів були віднесені такі форми сексуального насильства, як зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація та «будь-які інші» (тобто, перелік форм цього виду порушення не є вичерпним). Одночасно МКС визнав сексуальне насильство злочином проти людяності (п. g ч. 1 ст. 7 Римського статуту).

У Женевських конвенціях (далі – ЖК) захист від сексуального насильства передбачений насамперед у загальній ст. 3, яка є невід'ємною частиною гарантії гуманного поводження «з особами, які не беруть активної участі в бойових діях, у тому числі з особами зі складу збройних сил, що склали зброю, а також із тими, хто hors de combat унаслідок хвороби, поранення, затримання чи з будь-якої іншої причини, без будь-якої ворожої дискримінації …». З цією метою є забороненими стосовно зазначених осіб такі діяння, як: насилля над життям й особистістю, зокрема жорстоке поводження й тортури, наруга над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе поводження тощо.

Подібні гарантії у більш розширеній формі відображені у ст. 27 ЖК IV (до осіб, що перебувають під захистом, «завжди слід ставитися гуманно й захищати їх, зокрема, від будь-якого акту насильства чи залякування, від образ та цікавості натовпу»), яка додатково акцентує увагу на особливому захисті жінок «від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність». Хоча розробники ЖК 1949 року фактично обмежили чіткі заборони щодо сексуального насильства стосовно чоловіків, які також стають жертвами такого насильства, принцип гуманного поводження без будь-

якої дискримінації поширює заборони ст. 27 ЖК IV на всіх осіб, що перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права (далі – МГП), включаючи захист від сексуального насильства.

Гарантії гуманного поводження закріплені і в ст. 75 Додаткового протоколу (далі – ДП) I до ЖК, які охоплюють заборону вчинення представниками цивільних чи воєнних органів насильства над життям, здоров'ям і фізичним та психічним станом осіб; знущання над людською гідністю, зокрема, принижуючого й образливого поводження, примусу до проституції чи непристойного посягання в будь-якій його формі. Це положення застосовується до осіб будь-якої статі, які «перебувають під владою сторони конфлікту». У ст. 4 ДП II «Основні гарантії» «будь-яка форма непристойного посягання», зґвалтування, примус до проституції, образливе поводження були поєднані зі знущанням над людською гідністю. Словосполучення «будь-яке непристойне посягання» охоплює будь-яку форму сексуальної поведінки, яка суперечить гуманному поводженню, та яка прямо не вказана у нормі (на кшталт загаданій ст. 8 Статуту МКС, яка криміналізувала «будь-яку іншу форму сексуального насильства», що є серйозним порушенням ЖК).

Незважаючи на передбачений в ст. 27 ЖК IV прямий захист, про що згадувалося вище, виключення зґвалтування та інших форм сексуального насильства з переліку серйозних порушень ЖК, зокрема у ст. 147 ЖК IV, спричинило деяку плутанину. Неврахування зґвалтування як серйозного порушення МГП могло створити хибне уявлення про те, що зґвалтування не є воєнним злочином і не підлягає судовому переслідуванню відповідно до положень про серйозні порушення.

На початку 1990-х років розкриття повсюдного сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, у Боснії та Герцеговині призвело до наполегливих вимог міжнародної спільноти чітко визнати зґвалтування воєнним злочином. Незважаючи на те, що зґвалтування протягом тривалого часу було порушенням МГП, воно рідко прямо вказувалося (якщо взагалі вказувалося) як воєнний злочин у договорах. Існувало також занепокоєння тим, що оскільки зґвалтування не було явним серйозним порушенням ЖК, воно не розглядалося як воєнний злочин. Щоб роз'яснити «статус» зґвалтування відповідно до МГП, Міжнародний комітет Червоного Хреста видав пам'ятну записку в 1992 році, в якій зазначено, що режим серйозного порушення ст. 147 ЖК IV «очевидно стосується не лише зґвалтування, але й будь-якого іншого нападу на гідність жінки» [1].

Міжнародна судова практика, насамперед Міжнародний трибунал для колишньої Югославії, підтвердила, що зґвалтування та інші форми сексуального насильства дійсно є серйозними порушеннями МГП, зокрема, вони можуть

бути серйозними порушеннями за обвинуваченнями в тортурах або нелюдському поводженні, а також в порушенні загальної статті 3 ЖК. Так, судова палата Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії у справі «Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic» дала визначення зґвалтування, що полягало в проникненні, навіть незначному: (a) у піхву чи анус жертви пенісом злочинця або будь-яким іншим предметом, використаним винним; або (b) до рота жертви пенісом злочинця; якщо таке сексуальне проникнення відбувається без згоди жертви. Згода для цієї мети має бути добровільною, як результат вільного волевиявлення особи, оціненого в контексті навколишніх обставин [1]. Цим рішенням Міжнародний трибунал вперше засудив обвинуваченого за зґвалтування як злочин катування. Судова палата визнала «зґвалтування будь-якої особи огидним актом, який зачіпає саму суть людської гідності та фізичної цілісності» [2]. Отже, судді постановили, що акти зґвалтування можуть становити катування (тортури) відповідно до МГП. Зґвалтування було визнано воєнним злочином та злочином проти людяності. При цьому, як зазначають автори коментаря до ЖК I (п. 2975), говорячи про зґвалтування у контексті тортур, немає жодних вимог щодо заподіяння сильного болю чи страждань виключно з однією чи кількома цілями. Заборонена мета не обов'язково повинна бути єдиною чи основною метою відповідної дії чи бездіяльності. «Навіть якщо мотивація злочинця є виключно сексуальною, з цього не випливає, що злочинець не мав наміру вчинити акт катування або що його поведінка не спричиняє сильного болю чи страждань, фізичних чи психічних, оскільки такий біль або страждання є ймовірним і логічним наслідком його поведінки» [2; 3].

Що стосується національної судової практики, то сексуальне насильство щодо цивільного населення або військовополонених оцінюється як жорстоке поводження та кваліфікується за ст. 438 КК («Порушення законів та звичаїв війни»). Так, приміром, вироком Бобровицького районного суду Чернігівської обл. від 25.11.2022 військовослужбовця збройних сил російської федерації було визнано винним у вчиненні, з-поміж іншого, сексуального насильства щодо неповнолітньої цивільної особи. За обставинами справи особа застосувала щодо неповнолітньої потерпілої фізичне та психічне насильство, пов'язане зі спричиненням фізичних та психічних страждань, насильно роздягала неповнолітню, розірвала її спідню білизну, торкалася низу її оголеного живота, висловлюючи при цьому твердження, що потерпіла вже досягла статевої зрілості. Особу було засуджено за жорстоке поводження з цивільним населенням, що передбачено ч. 1 ст. 438 КК [4].

Отже, незважаючи на те, що зґвалтування, яке було заборонено ЖК, не було включено до переліку серйозних порушень ні в Конвенціях, ні в ДП, воно повинно вважатися серйозним порушенням ЖК на тій підставі, що

зґвалтування рівнозначне нелюдському поводженню або умисному заподіянню сильних страждань чи серйозної шкоди тілу або здоров'ю.

Список використаних джерел:

1. Andrew Clapham, Paola Gaeta, Marco Sassoli, ed., The 1949 Geneva Conventions: A Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2015. 1651 p.
2. Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic (Sentencing Judgement, Appeals Chamber). Case № IT-96-23 & 23/1. ICTY. 12 June 2002. URL: http://surl.li/phroj
3. Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Commentary of 2016. URL: http://surl.li/phrop
4. Вирок Бобровицького районного суду Чернігівської обл. від 25.11.2022 у справі № 729/592/22. URL: http://surl.li/phrot

Загиней-Заболотенко З. А.,
доктор юридичних наук, професор,
в.о. завідувача відділу
проблем кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України

ДО ПРОБЛЕМИ ЯКОСТІ ВИРОКІВ, УХВАЛЕНИХ ЗА СТ. 438 «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ» КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ К УКРАЇНИ

Квінтесенцією реалізації кримінальної відповідальності в будь-яких кримінальних провадженнях є остаточне судове рішення, яке повинно відповідати ряду як технічних, так і змістовних вимог. Лише те остаточне судове рішення, яке відповідає таким вимогам, здатне досягнути відповідати завданням кримінального провадження, що визначені у ст. 2 КПК.

Якість остаточних судових рішень загалом є предметом самостійного наукового дослідження, оскільки охоплює важливий напрямок правозастосовної діяльності. Хотілося б звернути увагу виключно на певних аспектах якості судових рішень у кримінальних провадженнях за ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни» КК. Попри те, що кількість таких вироків ще поки незначна, все ж уже можна зробити певні висновки та прослідкувати окремі тенденції зміни цієї якості.

Якість будь-яких процесуальних рішень у кримінальному провадженні є надзвичайно чутливим питанням, оскільки напряму стосується забезпечення прав та свобод людини і громадянина. Однак якість як властивість таких процесуальних рішень є оцінним поняттям та визначається з урахуванням різноманітних критеріїв. Як підкреслює Н. В. Глинська, «Якість кримінальних процесуальних рішень є оцінною категорією, яка означає порівняльний ступінь здатності правозастосовного акту виконати своє функціональне призначення в загальній динаміці кримінального провадження, задовольнити соціально-правові очікування від його реалізації відповідно до тих цілей та завдань, які ставились на момент його прийняття» [1, с. 103]. На думку цієї дослідниці, «правомірний характер кримінальних процесуальних рішень може бути забезпечений лише за умов дотримання правозастосовником системи правових стандартів: законності, обґрунтованості, справедливості, розумності та своєчасності» [1, с. 393]. Звісно, з такими виокремленими критеріями можна сперечатися. Проте їх можна взяти за основу під час аналізу дотримання якості вироків у кримінальних провадженнях за ст. 438 КК.

За даними Державного підприємства «Інформаційні судові системи» (Єдиний державний реєстр судових рішень) за період з 24.02.2022 до 15.01.2024 зі

193 кримінальних провадження, які надійшли на розгляд судів першої інстанції, розглянуто було 58 таких проваджень. Тобто маємо 58 обвинувальних вироків за вказаний період, з текстами яких можна ознайомитися в цьому реєстрі. Проте пошук у ньому виявив два вироки, ухвалені за обвинуваченням за ст. 438 КК, до 24.02.2022. Це вироки Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 01.06.2017 у справі № 243/4702/17 [2] та від 15.12.2021 у справі № 243/6186/20 [3]. Якщо порівнювати тексти цих вироків з текстами вироків, ухвалених після 24.02.2024, то бачимо суттєву різницю між ними, яка свідчить на користь підвищення якості вироків саме після повномасштабного вторгнення рф на територію України.

Вироком Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 01.06.2017 у справі № 243/4702/17 громадянина України, члена терористичної організаціє «ДНР» засуджено, в тому числі за ч. 1 ст. 438 КК за те, що він багаторазово вчиняв жорстоке поводження з військовополоненими, військовослужбовцями ЗСУ, які потрапили у полон, порушивши тим самим статті 13 і 14 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 [2]. Вироком Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15.12.2021 у справі № 243/6186/20 громадянина України, серед іншого, також засуджено за ч. 1 ст. 438 КК. За вказаною статтею були кваліфіковані дії цієї особи, що полягали в застосуванні фізичного та психологічне насильства, погрозі розстрілом цивільній особі та військовополоненому з метою примушування їх виконувати різноманітні роботи господарського характеру, а також у відеофіксації імітації розстрілу цивільної особи [3].

Чи є вказані рішення якісними з точки зору тих вимог, про які йшлося вище? Вочевидь, ні. Принаймні якість цих вироків є низькою. Адже під час їх складання порушені стандарти обґрунтованості, справедливості та розумності. Так, Н. В. Глинська стандартами-критеріями обґрунтованості кримінальних процесуальних рішень, зокрема, визнає повноту та всебічність фактичного обґрунтування; коректне правове обґрунтування [1, с, 392]. Якщо в першому цитованому вироку Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 01.06.2017 у справі № 243/4702/17 принаймні міститься посилання на статті 13 і 14 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12.08.1949, що визначають закони війни, які були порушені засудженим, то в другому рішенні, ухваленому до 24.02.2022, а саме у вироку Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15.12.2021 у справі № 243/6186/20 немає жодної вказівки на те, які конкретно норми міжнародного гуманітарного права, що передбачають закони та звичаї війни, було порушено засудженим. Водночас в обидвох вироках відсутній подай найбільш загальний аналіз контекстуальних обставин вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК.

Науковці та практики зазначають, що всім міжнародним злочинам притаманний, зокрема, контекстуальний аспект (елемент) [4; 5]. Контекстуальні ознаки допомагають встановити відмінності між конкретними видами міжнародних злочинів (наприклад, між злочинами проти людяності та воєнними злочинами), розмежувати воєнні та «загальнокримінальні» злочини. При цьому відповідні контекстуальні обставини характеризують об'єктивну сторону злочину, а тому органічно охоплюються саме цим елементом складу злочину. Контекстуальні обставини належать до такої ознаки об'єктивної сторони, як обстановка вчинення кримінального правопорушення, якою виступає ситуація збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру та зв'язок злочинного діяння з відповідним збройним конфліктом [6, с. 121]. Тобто ці вироки не містять аналізу вказаної контекстуальної обставини, що можна визнати негативною тенденцією недотримання стандарту обґрунтованості цих судових рішень.

Також відповідні вироки не відповідають стандарту справедливості, оскільки з огляду на викладене фактичні обставини справи встановлено невсебічно та неповно, некоректно обґрунтовано правове рішення, а також стандарту розумності (адже у вироках порушена ситуаційна конкретика кримінального провадження, що передбачає якнайповніше врахування правозастосовником специфіки обставин конкретного провадження при прийнятті кримінальних процесуальних рішень) [1, с. 392–393].

Що стосується вироків за ст. 438 КК, що ухвалені після 24.02.2022, то тут спостерігається на початку те саме порушення указаних вище стандартів якості кримінальних процесуальних рішень, але навпаки. У цих вироках загалом (особливо тих, що були ухвалені першими) має місце надмірне описання контекстуальних обставин, які передували виникненню міжнародного збройного конфлікту (за термінологією міжнародних договорів), як-от формування наміру, починаючи з 2013 р., у вищого керівництва рф анексувати частину територій України, тимчасова окупація АРК, створення терористичних організацій «ЛНР» та «ДНР», перекидання військ рф до російсько-українського кордону, визнання «незалежності» «ЛНР» та «ДНР» політичним керівництвом рф, оголошення рішення путіна про початок «спеціальної військової операції» на території України тощо. При цьому кожна з вказаних подій описується надзвичайно детально та займає досить значну частину вироку (наприклад, вироки Деснянського районного суду м. Чернігова від 08.08.2022 у справі № 750/2891/22, Чернігівського районного суду Чернігівської області від 08.03.2023 у справі № 748/22/23) [7; 8]. Таке перевантаження вироків з'ясуванням указаних контекстуальних обставин загалом йде на шкоду зрозумілості ухвалених вироків, а отже їх якості. Наявність таких розширених викладок контекстуальних обставин створює перешкоди для відшукання у вироку

формулювання фактичного складу вчиненого кримінального правопорушення, що не можна вважати позитивним. За наявності таких цитувань та загальних викладок втрачається зміст самого вироку, а мотивувальну частину вироку складно сприймати у зв'язку з поєднанням індиферентної інформації для конкретного випадку та інформації про саме порушення законів та звичаїв війни, що було вчинено обвинуваченим.

Також звернемо увагу на недотриманні в багатьох вироках, ухвалених за ст. 438 КК, такого стандарту як обгрунтованість, через неналежне використання джерел МГП, які визначають закони та звичаї війни.

Так, в окремих вироках суди, констатуючи наявність ознак складу злочину, передбаченого ст. 438 КК, не вказують, які саме міжнародні норми права війни було порушено. Наприклад, у вироку Шевченківського районного суду м. Києва від 03.08.2022 у справі № 761/14035/22 констатовано порушення військовослужбовцем зс рф законів та звичаїв війни у формі пограбування цивільного населення, однак не встановлено, які саме норми МГП ним було порушено [9].

Окремі вироки, ухвалені за ст. 438 КК не містять ні аналізу, ні посилань на жодне джерело МГП. Наприклад, вироком Октябрського районного суду м. Полтави від 09.06.2022 у справі № 554/3925/22, яким засуджено громадянина України, члена незаконного збройного формування, який після повномасштабного вторгнення рф на територію України у складі свого формування здійснив незаконне захоплення та розграбування належних підприємству автомобілів, засуджено за ч. 1 ст. 438 КК [10]. У цьому вироку не встановлено, порушення яких саме міжнародних договорів МГП мало місце.

Також суди під час кваліфікації типових порушень законів та звичаїв війни посилаються на різні статті однієї і тієї ж Конвенції (Конвенцій). Наприклад, констатування у вироках судів порушення законів та звичаїв війни, що виразилося в умисному вбивстві цивільної особи, знищенні майна, не викликаного військовою необхідністю**,** мало місце з посиланням такі структурні частини джерел МГП. У вироку Солом'янського районного суду м. Києва від 23.05.2022 після встановлення всіх обставин кримінального провадження як підсумок зазначено, що військовослужбовцем зс рф порушено закони та звичаї війни, що передбачені ч. 2 ст. 51, п. «а» ч. 3 ст. 85 Додаткового протоколу І. У цьому вироку містяться посилання не на всі статті цього міжнародного документу. Йдеться про п. «а. 1» Додаткового протоколу І [11].

У вироку Ічнянського районного суду Чернігівської області від 26.04.2023 у справі №733/923/22 визнано доведеним, що військовослужбовець зс рф порушив вимоги статей 27, 31, 32, 147 Женевської Конвенції IV та частини 1, 2 ст. 75 Додаткового протоколу І [12]. Слід звернути увагу на те, що під час

посилання на частини 1, 2 ст. 75 Додаткового протоколу І доцільно звернути увагу на те, що ч. 2 ст. 75 цього протоколу містить пункти, кожен з яких визначає форми жорстокого поводження з цивільним населенням. Тому в цьому випадку слід було вказати на порушення засудженим ч. 2 ст. 51, п. «а. 1» ч. 2 ст. 75, п. «а» ч. 3 ст. 85, Додаткового протоколу І. Вказувати ч. 1 ст. 75 цього протоколу не потрібно, оскільки вона передбачає загальні положення цієї міжнародної конвенції. Статті Женевської Конвенції IV у цьому випадку визначені вірно.

Водночас якщо порівнювати вироки за ст. 438 КК, ухвалені до та після 24.02.2022, то однозначно більш високої якості ті з них, що постановлені після повномасштабного вторгнення рф на територію України. Водночас і у вироках, ухвалених останніми, можна помітити, що якість вироків значно покращується, що вочевидь обумовлено зміною підходів суддів до формулювання тексту відповідних судових рішень, що продиктовано передусім навчанням суддів канонам МГП.

Впевнена, що якість вироків у кримінальних провадженнях за ст. 438 КК підвищуватиметься і надалі, що демонструють, зрештою, тексти остаточних судових рішень, ухвалених в останній період, що є своєрідним вкладом суддівського корпусу у беззаперечну перемогу проти рашизму.

Список використаних джерел:

1. Глинська Н. В. Концептуальні засади визначення та забезпечення стандартів доброякісності кримінальних процесуальних рішень: дис. … д-ра юрид. Наук: 12.00.09; Наук.-дослідн. ін-т вивч. проблем злочинності академ. В. В. Сташиса НАПрН України. Харків, 2015. 469 с.
2. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 01.06.2017 у справі № 243/4702/17. URL: https://cutt.ly/0wK6ZL6s
3. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15.12.2021 у справі № 243/6186/20. URL: https://cutt.ly/pwK6Z1uC
4. Антонюк Н. Наявність контекстуального елементу відрізняє воєнні злочини від «загальнокримінальних» / офіційний вебсайт Верховного Суду. URL: https://cutt.ly/dwK6Z8Na
5. Гловюк І., Тетерятник Г. Контекстуальні елементи у провадженнях щодо воєнних злочинів: предмет доказування sui generis. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 6. С. 394–398. URL: https://cutt.ly/jwK6Xufz
6. Загиней-Заболотенко З. А., Гладун О. З. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням контекстуальних обставин. Право України. 2023. № 5. С. 117–132.
7. Вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 08.08.2022 у справі

№ 750/2891/22. URL: https://cutt.ly/NwK6XdK8
8. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 08.03.2023 у справі № 748/22/23. URL: https://cutt.ly/jwK6Xvsv
9. Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 03.08.2022 у справі № 761/14035/22. URL: https://cutt.ly/GwK6XW1J
10. Вирок Октябрського районного суду м. Полтави від 09.06.2022 у справі № 554/3925/22. URL: https://cutt.ly/UwK6XUhH
11. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23.05.2022 у справі № 760/5257/22. URL: https://cutt.ly/mwK6XSba
12. Вирок Ічнянського районного суду Чернігівської області від 26.04.2023 у справі №733/923/22. URL: https://cutt.ly/ywK6XJE7

Капліна О. В.,
доктор юридичних наук, професор,
завідувачка кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
м. Харків

УСВІДОМЛЮЮЧИ СПІВВІДНОШЕННЯ МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ПРАВ ЛЮДИНИ

В сучасному юридичному дискурсі доволі розповсюдженою є думка про те, що Міжнародне гуманітарне право (МГП) та Міжнародне право прав людини (МППЛ) є двома відокремленими галузями міжнародного права, що мають різні об'єкти регулювання, через те, що протягом досить довгого часу вони розвивалися незалежно одне від одного і без особливого взаємного впливу. Класична інтерпретація МГП полягає в тому, що воно регулює застосування збройної сили між державами або між урядами та повстанцями, а МППЛ захищає людину від протиправного втручання в її права з боку антів держави.

Ще в середині 70-х років минулого століття Жан Пікте (архітектор Женевських конвенцій 1949 і Додаткових протоколів 1977 [1]) зазначав: «… ці дві правові системи принципово відрізняються, оскільки гуманітарне право діє лише у випадку збройного конфлікту, тоді як права людини по суті застосовуються у мирну годину і містять положення про відступ у разі конфлікту. Крім того, права людини регулюють відносини між державою та її власними громадянами, право війни – між державою та громадянами противника» [2, с. 15].

Ситуація, що склалася на хвилі національно-визвольного руху 60-х років XX століття, судова практика міжнародних судових інституцій, посилення фрагментації міжнародного права, призвели до того, що для вчених, політиків, суддів, військових, юристів, співробітників неурядових організацій стало цілком очевидним, що право прав людини і «право війни» перетинаються і більше того – взаємодіють. Але оскільки спочатку не передбачалося, що вони будуть обов'язково взаємодіяти, а в розробці проектів міжнародних договорів (конвенцій), які лягли в основу та сформували ці дві галузі міжнародного права, брали участь різні групи фахівців – представників зацікавлених держав, то при їх складанні не приділялося серйозного уваги питанням узгодженості та взаємозв'язку. Можна навіть сказати, що спочатку право прав людини та «право війни» розвивалися паралельними шляхами, що виключало їхнє перетинання. Проте процеси застосування норм МГП для регулювання ситуацій внутрішніх збройних конфліктів, призвели і до зустрічного руху,

коли все частіше стали звучати ідеї про застосування права прав людини до ситуацій міжнародних збройних конфліктів.

Крім того, друга половина XX століття ознаменувалася руйнуванням класичної дихотомії мир/війна, що була остаточно сформована в мисленні XIX століття, яка розглядала війну і мир як абсолютно різні правові режими, що мали не тільки чітко обмежені часові рамки, а й незалежні набори регуляторних норм для військового та мирного часу. Розвиток принципу незастосування сили у міждержавних відносинах закріпив в ст. 2 (4) Статуту ООН [3] імперативну норму, що забороняє застосування державами сили чи загрози силою проти територіальної цілісності та політичної незалежності інших держав (jus contra bellum - Закон, що забороняє війну). Це призвело до обмеження на універсальному рівні права держав на війну. Таким чином, Статут ООН позбавив війну статусу правового інституту, тим самим усунувши одну з фундаментальних передумов дихотомії мир/війна – визнання війни у якості легітимного стандарту поведінки держави, вона почала визначатися як збройний конфлікт і розглядатися як фактична подія, що регулюється різними комплексами норм права.

Вказані вище процеси призвели до того, що в даний час застосування МППЛ у ситуаціях збройного конфлікту є, як точно зауважила Орна Бен-Нафталі, – «новою ортодоксальністю» [4, с. 5]. Але, незважаючи на гучні заяви про важливість дотримання прав людини під час збройного конфлікту, існує обмежене розуміння юридичних, практичних та політичних наслідків їх застосування. Відповідно, найскладнішою проблемою виявляється не питання – застосовується чи ні МППЛ у ситуації збройного конфлікту, а питання – як воно застосовується. Потрібно зрозуміти, що існуючи теоретичні та практичні міркування про проблеми та складнощі у взаємодії між МГП та МППЛ засновані на наявності «конфлікту» або «суперечностей» між ними. При цьому складно визначити, що несе більше негативних наслідків для людини, яка перебуває в ситуації збройного конфлікту, їх зближення чи розбіжність. Якщо припустити, що МГП та МППЛ справді є окремими галузями міжнародного права, які по-різному захищають (регулюють) одні й ті ж самі права однієї й тієї ж людини в умови збройного конфлікту, то насамперед необхідно відповісти на два ключові питання – (1) чи це так? і (2) у чому принципова відмінність?

Починаючи пошук відповідей, необхідно сказати кілька слів про термінологію, у зв'язку з тим, що поняття «міжнародне гуманітарне право» та «право збройних конфліктів» дуже часто використовуються як синоніми. Практично обидва терміна позначають правовий режим, в основі якого лежать Женевські конвенції 1949 р., Додаткові протоколи 1977 р., а також величезна кількість інших договорів та документів [5]. Безумовно, що в даний час право збройних конфліктів має яскраво

виражений гуманітарний характер, і дихотомія між «правом Гааги» (основний акцент на регулювання поведінки сторін на полі бою) та «правом Женеви» (основний акцент на гуманітарний захист цивільних осіб та інших жертв конфлікту) поступово долається, на що прямо вказав Міжнародний Суд ООН у своєму консультативному висновку у справі про ядерну зброю: «… вважається, що вони поступово утворили *єдину складну систему*, відому сьогодні як міжнародне гуманітарне право» [6, § 75] (курсів автора – О.К.). Проте є сумнів у доречності використання у словосполученні слова «гуманітарний», оскільки норми МГП регулюють також інші питання, які є ключовими для розуміння його сутності, зокрема, військова необхідність. Саме разом із цією категорією необхідно розглядати поняття «гуманітарність» і «людяність». Інакше створюється «...хибне враження, що всі норми, які регулюють військові дії, носять ... гуманітарний характер» [7, с. 20]. Незважаючи на те, що гуманітарні міркування створюють певну пріоритетність у визначенні спрямованості права війни як такого, вони легко маскують завжди тендітний баланс між військовою необхідністю і гуманізмом. Забороняючи одні методи (завдання надмірних поранень, непотрібне насильство, навмисний напад на мирних жителів), МГП дозволяє інші, які допускають, наприклад, відповідно до правила пропорційності, супутні вбивства цивільних осіб.

Тільки наявність правил відрізняє «збройний конфлікт» від «безглуздого насильства». Держава використовуючи війну як «законний» засіб вирішення конфліктів, стикається з необхідністю формування системи власного правового захисту, для чого розкриває над собою парасольку – «правила ведення війни». З погляду держави «безглузде насильство», яке організоване за встановленими нею правилами, не є злочинним. При цьому якщо ці правила вказують на необхідність виявляти гуманність до переможеного ворога або цивільного населення та його майна, то такий гуманізм походить з милосердя. Пряма заборона на дії, що не мають військового значення: тортури, жорстоке поводження, мародерство тощо (які ще й розкладають військову дисципліну), виглядає гуманним, але не є пов'язаним з військової необхідністю. У той же час, правило пропорційності при нападі допускає те, що цивільні особи можуть стати жертвами супутніх втрат. Крім того, використання таких слів та словосполучень як: «мають вжити всіх можливих заходів», «коли дозволять обставини», «у виняткових випадках неминучої військової необхідності», «за винятком випадків» тощо, допускають суттєві відступи від гуманітарних вимог, які продиктовані військовою необхідністю. Гуманізм МГП не забороняє війну як таку, не обмежує право держави вести війну, він обмежує лише способи ведення війни.

Гуманізм права збройних конфліктів, відповідно до принципу вибірковості, ставить людей у нерівне становище, наділяючи їх різними рівнями захисту, в залежності від правового статусу, наприклад, боєздатний комбатант

чи поранений комбатант, не кажучи вже про комбатанта чи цивільну особу. Тільки так МГП дає змогу знайти баланс між захистом, що надається правами людини, та досягненням цілей війни. Фактично гуманізм у МГП, з точки зору права на життя, проявляється у тому, що цивільних осіб заборонено навмисне обстрілювати з метою вбивства, тобто замість права на життя людині фактично надається право не бути убитим, і це не додаткове право, а звуження змісту права на життя. При цьому рівень захисту зміщується від «заборонено» і далі, через «небажано», до «можливо» та «допустимо».

У рамках МППЛ на державу покладається обов'язок створити умови для реалізації, дотримання та захисту прав людини, тому МППЛ має інший гуманізм та іншу основу – людина має права тому, що вона людина, права людини є первинними перед правами держави та суспільства, в основі її прав лежать рівність та справедливість. Практично держава лише визнає та закріплює ці права, але не встановлює та не наділяє ними. Безперечно, правозахисний світогляд другої половини XX століття вплинув і на обов'язки воюючої держави, додавши в МГП ще одне правило – необхідність дотримання прав людини, проте це не привнесло істотних змін до гуманізму права збройного конфлікту.

На перший погляд, саме обговорення теми прав людини в збройних конфліктах виглядає цинічно, враховуючи, що війна є запереченням всього, що символізують права людини: людська гідність і фізична недоторканність, процвітання, справедливість, рівність, мир і безпека. Однак, саме під час війни право прав людини потрібно найбільше, щоб захистити тих, хто постраждав від застосування сили. Можливо, взаємодія між МГП та МППЛ в умовах збройного конфлікту корисна для того, щоб змусити держави не просто вдавати, а й перейти до реального дотримання прав людини, що виключає умови, які дають можливість обирати між їх захистом та військовою необхідністю.

Потрібно розуміти, що право прав людини застосовні «завжди і скрізь» [8, с. 19], жодна категорія людей не виключена зі сфери дії МППЛ, саме це відрізняє його від МГП, яке поділяє людей на тих, які є законними об'єктами застосування збройної сили, та тих, хто підлягає захисту. «На нормативному рівні, – зазначає Одрі Бенісон, – гуманітарне право розглядає як відправну точку смерть, насильство та руйнування, що суперечить суті права прав людини» [9, с. 152]. Сутність МГП можна сформулювати через термін «утилітаризм», що кардинальним чином відрізняє його від «абсолютності» прав людини, інакше кажучи, МГП спрямовано на пом'якшення наслідків війни, а не на її повне усунення, а МППЛ робить війну, з порушення прав людини, незаконною у будь-якому випадку. Право збройних конфліктів розроблено саме для того, щоб «узаконити» військову діяльність, воно безумовно зосереджує увагу на трагедії цивільних осіб, які опинилися в ситуації збройного конфлікту, але

найчастіше загальна ситуація, зокрема, руйнація громадської безпеки, економіки, охорони здоров'я, величезна кількість біженців тощо стає негативним тлом війни і тягне тотальне порушення прав людини, навіть якщо воюючі сторони дотримуються принципів пропорційності та дискримінації.

На перший погляд, завдяки МГП створюється бар'єр між «законною» війною та безглуздим насильством, проте «законне» насильство може бути жахливим за своїми наслідками, такий стан речей можна висловити наступною цитатою Г. Робертсона: «Коли хтось вбиває людину, його садять до в'язниці. Коли хтось вбиває двадцять чоловік, його оголошують душевнохворим. Але коли хтось убиває двісті тисяч людей, його запрошують до Женеви на мирні переговори» [10, с. 446]. Закони війни не лише допускають обмежену «супутню шкоду», а й виправдовують та узаконюють шкоду цивільному населенню, формулюючи вбивства та руйнування мовою закону. При цьому права людини заповнюють інституційний вакуум у випадках, коли застосування гуманітарного права спірне або неясно. Тому основна проблема взаємодії МГП і МППЛ й полягає у можливому посиленні, своєрідному поліруванні легітимності війни за рахунок використання правозахисної риторики, що створює ризик поставити МППЛ на службу МГП, яке було створено для того, щоб держава, яка «дотримується правил», не була визнана злочинною, щоб держава, яка веде війну за «правилами», залишилася у переліку «цивілізованих». Оскільки, на відміну від МГП, за порушення норм якого відповідає конкретне фізична особа, у випадку порушення норм МППЛ відповідальність настає для держави. Відповідно, результатом правозастосовної діяльності в рамках МППЛ є не тільки встановлення факту порушення права на життя, а й покладання відповідальності на державу, яка допустила порушення.

Таким чином, саме в цієї площині, з урахуванням зазначеного ризику, має лежати розгляд будь-якої концепції взаємодії цих двох окремих галузей міжнародного права, і, при цьому, на нашу думку, виправдати їхнє спільне застосування можуть такі цілі, що стоять перед правозастосовниками, та у досягненні яких МППЛ може відіграти ключову роль: 1) надання всім людям незалежно від їх статусу максимального рівня захисту та дотримання прав в умовах збройного конфлікту; 2) необхідність запобігти спробам держав або окремих осіб уникнути відповідальності.

Список використаних джерел:

1. Jean-François Pitteloud: «Pictet, Jean», in *Dictionnaire historique de la Suisse (DHS)*, version du 09.02.2010. URL: http://surl.li/phrpf
2. Pictet J. Humanitarian Law and the Protection of War Victims. *Brill Archive*, 1975. 138 p.

3. Статут Організації Об'єднаних Націй. URL: http://surl.li/phrpk
4. Ben-Naftali O. Introduction: International Humanitarian and International Human Rights Law – Pas de Deux in *Ben-Naftali O. (ed.) International Humanitarian and International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 388 p.
5. International Committee of the Red Cross. International Humanitarian Law Databases. URL: http://surl.li/phrpn .
6. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, *International Court of Justice, Advisory Opinion of 8 July 1996,* ICJ Reports 226 («Nuclear Weapons case»). URL: http://surl.li/phrps .
7. Dinstein Y. The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict . 3rd ed . *Cambridge: Cambridge University Press*, 2016. 390 p.
8. Provost R. International Human Rights Law and Humanitarian Law. *Cambridge: Cambridge University Press,* 2002. xxxix, 420 p.
9. Benison A.I. War Crimes: A Human Rights Approach to a Humanitarian Law Problem at the International Criminal Court. *Georgetown Law Journal, Washington*. Vol. 88, Iss. 1, 1999. P. 141-175.
10. Robertson G. Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice. *The New Press,* 2013. xli, 959 p.

Кваша Р.С.,
доктор філософії в галузі права,
науковий співробітник відділу проблем
кримінального права, кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
імені В.М. Корецького НАН України,
м. Київ

ВІЙНА, АГРЕСІЯ, НАСИЛЬСТВО: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ ВИМІРИ

Насильство традиційно є однією з найактуальніших проблем, яка перебуває у центрі уваги вітчизняної та міжнародної спільноти. Як багато століть тому назад, так і сьогодні, у XXI столітті, протидія насильству є пріоритетним напрямом державної політики будь-якої країни. Слід погодитись із думкою, що насильство є тим соціальним фактором існування суспільства, який не можна викорінити. Змінюються лише його форми та прояви, а ефективна реакція держави та суспільства на прояви насильства може лише знизити його рівень [1, с. 89].

Два роки триває повномасштабна війна росії проти України, тоді як загалом російська воєнна агресія почала свій відлік у лютому 2014 р. У Великому енциклопедичному юридичному словнику зазначено, що у стані ***війни*** відносини між державами характеризуються ***насильством***, що є наслідком розриву мирних відносин. За статутом ООН оголошення і ведення війни, незалежно від будь-яких обставин і причин, є незаконним актом, що визнається ***агресією***, і зумовлює відповідальність держави, винної у таких діях [2, с. 116-117]. У викладених положеннях очевидним є взаємозв'язок термінів: війна, агресія, насильство. Проблема співвідношення цих понять потребує свого розв'язання, беззаперечно, з урахуванням особливостей триваючої російсько-української війни, а також положень національного та міжнародного права.

Агресію як властивість характеру визначають проявом насильства. Агресія – це вид деструкції на рівні біологічної матерії (енергії), яку характеризують доцільність та обмеженість, обумовлені процесом еволюційного розвитку біологічних організмів [3, с. 89]. Тобто агресію розглядають як біологічний феномен, а насильство – соціально зумовлений феномен. Поняття «агресія» при такому підході змістовно є більш широким, ніж насильство [4, с. 37]. У будь-якій науці майже не існує сталої уніфікованої позиції щодо тієї чи іншої проблеми. Тож і щодо співвідношення агресії та насильства висловлено позицію: будь-яка агресія – це насильство, але далеко не будь-яке насильство – це агресія [5, с. 47].

У Кримінальному кодексі України: поняття «***агресивна війна***» міститься у двох статтях (436, 437), «***збройна агресія»*** – у шести статтях (43-1, 111-1, 114-2, 297, 435-1, 436-2); «***збройна агресія»*** – в одній статті (436-2).

Такий злочин як «агресивна війна» існує в двох вимірах: з точки зору міжнародного права та національного кримінального права. Українське кримінальне законодавство, описуючи злочинність актів агресії, вживає термін «агресивна війна», в міжнародному ж праві використовується термін «агресія» [6, с. 98]. До 2014 року ми б, напевно, заперечували проти обґрунтованості поняття агресивної війни, адже хіба може бути інша війна, неагресивна? Вчені констатують, що термін «гібридна війна» в сенсі нового типу конфлікту, підготовки та ведення війни немає усталеного спільного визначення [7, с. 32-33]. Використовується також поняття гібридної агресії. Гібри́дна війна́ (англ. hybrid warfare) — різновид ескалації конфліктів, властивий для 21 ст., що поєднує застосування державних та недержавних, традиційних і нетрадиційних стратегій, ресурсів, засобів, методів підривної діяльності, механізмів кібервійни з метою досягнення певних політичних цілей [8]. Очевидно, що гібридна війна є прихованою формою агресії.

Саме результатом імплементації положень міжнародного права у національне право є наявність в кримінальному законодавстві України двох складів злочинів, які створюють комплексне розуміння «*злочини агресії*» за національним кримінальним правом, а саме: пропаганда (ст. 436 КК), планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни (ст. 437 КК) [5, с. 206].

Трансформація російсько-української війни з так званої «*гібридної*» у 2014 році в «*агресивну*» у 2022 році дає підстави для визнання обґрунтованості застосування терміну «агресивна війна». Однак слід констатувати відсутність визначення поняття «агресивна війна» в чинному Кримінальному кодексі України. Тоді як статут Міжнародного кримінального суду до злочинів проти миру та безпеки людства відносить злочини геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та *злочини агресії*. На думку С. М. Мохончука, саме положення Статуту Міжнародного кримінального суду, що регламентують склади названих груп злочинів як найбільш повні, повинні бути максимально повно відтвореними у національному законодавстві України [9, с. 131].

Зважаючи на вищенаведене, доречно зауважити, що на початку 2024 року оприлюднено чергову редакцію Проєкту Кримінального кодексу України, в якому поняття «агресивна війна» уже закріплено [10]. Зокрема, у ст. 2.5.6. «Особливо тяжка шкода» видами особливо тяжкої шкоди визнано і шкоду міжнародному правопорядку внаслідок злочинів проти людяності та воєнних злочинів (зокрема шкода від публічних закликів до злочину геноциду, агресивної війни або від виправдовування її ведення … І безпосередньо цієї дефініції стосується Стаття 11.3.3. «Пропаганда акту агресії: Особа, яка: 1) пу-

блічно закликала до *агресивної війни* чи розв'язування воєнного конфлікту, 2) виготовила матеріали із закликами до *агресивної війни* чи розв'язування воєнного конфлікту, 3) поширила чи публічно використала такі матеріали, 4) заперечувала ведення *агресивної війни* чи виправдовувала її або 5) вихваляла чи звеличувала державу-агресора чи її представника. Проте, це може відбутися у далекій перспективи.

Повертаючись до чинного кримінального закону слід відзначити, що науковці приділяють значну увагу дослідженню цього поняття. Агресивна війна визнається як один із проявів агресії (цьому, звісно, не може бути заперечень). Уперше визнання агресивної війни злочином за міжнародним правом знайшло відображення у ст. 6 (а) Статуту Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців європейських країн осі та ст. 5 (а) Статуту Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу. Елементом агресивності війни, зокрема, визначена мета держави, яка розпочинає війну, окупувати чи завоювати територію іншої держави чи її частину…. [11, с. 1331].

В контексті визвольної війни України слід констатувати, що агресія – не виключно біологічний чинник, а цілком соціалізований результат інформаційно-пропагандистської системної діяльності злочинної російської влади. Агресія, яка уже багато років вкорінена у російське суспільство, підтримує і живить жорстоку війну, геноцид росії в Україні. Таку агресивну політику підтримує більшість, якщо не всі, пересічних громадян країни-агресорки. За даними незалежних соціологів, три чверті росіян підтримують війну проти України, відчуваючи від того такі позитивні емоції як гордість, радість, повага, довіра та надія. Недарма сталим став термін «колективний путін» щодо російського суспільства загалом. Тому й щодо сучасної росії можна застосовувати поняття «***агресивна колективна свідомість»*** [4, с. 39]**.**

Отже, у національному праві війна, насильство, агресія є кримінально-правовими поняттями з міжнародно-правовим елементом.

Список використаних джерел:

1. Храмцов О. М. Насильство як категорія загальної частини вчення про обставини, що виключають злочинність діяння. *Вісн. Харків. нац. ун-ту ім. В. Н. Каразіна.* Серія «ПРАВО». Вип. 27. 2019. С. 87–94.
2. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ, ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2012. 1020 с.
3. Шаблінський І. «Агресія» і «насильство» – поняття не тотожні. *Політичний менеджент.* 2004. № 5. С. 82-91

4. Кваша Р. С., Фещенко О. С. Агресія та насильство в контексті російсько-української війни: кримінально-правовий і кримінологічний аспекти. *Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення:* мат-ли міжвідом. наук.-практ. круглого столу (м. Київ, 02 листоп. 2023 р.) Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2023. С. 36-40.
5. Смазнова І. С. Агресія і толерантність: філософсько-правовий дискурс: монографія. Одеса : Фенікс, 2019. 378 с
6. Денисов С. Ф., Кардаш С. К. Визначення поняття «агресивна війна» у кримінальному праві України. *Вісн. Луган. держ. ун-ту внутр. справ ім. Е. О. Дідоренка*. 2012. № 3. С. 96–106
7. Сегеда С. П., Шевчук В. П. Гібридна війна Росії проти України: історичний вимір. *Наука і оборона*. 2019. № 1. С. 31–35.
8. Гібридна війна URL : http://surl.li/nvihb
9. Мохончук С. М. Місце злочинів проти миру та безпеки людства в системі міжнародних правопорушень. *Прикарпатський юридичний вісник.* Вип. 4 (29). Т. 1. 2019. С. 129–134.
10. Текст проєкту нового Кримінального кодексу України. URL: http://surl.li/phrax
11. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. За заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка. 2-е вид., перероб. та доп. Київ: Дакор, 2008. 1428 с.

Мазур М. В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
суддя Верховного Суду
м. Київ

КРИМІНАЛЬНІ ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ ЗА ПРОЦЕДУРОЮ *IN ABSENTIA*: КЛЮЧОВІ ПРОБЛЕМИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ

За даними Офісу Генерального прокурора станом на 01.12.2023 правоохоронними органами зафіксовано понад 111 тис. воєнних злочинів, вчинених від початку повномасштабного вторгнення РФ військовослужбовцями чи іншими представниками країни-агресора [1]. За цей же період у Єдиному реєстрі судових рішень на цей час опубліковано близько 50 вироків за ст. 438 КК, переважна більшість з яких постановлена за результатами спеціального судового провадження, яке здійснювалося за відсутності обвинуваченого *(in absentia)*.

Наведені дані дають можливість спрогнозувати, що в найближчі роки на розгляд судів можуть надійти тисячі, десятки чи навіть сотні тисяч кримінальних проваджень щодо воєнних злочинів, які розглядатимуться здебільшого за процедурою *in absentia*.

З одного боку, необхідність застосування такої процедури пов'язана із гострим суспільним запитом на справедливість (наші громадяни мають бачити, що всі ці десятки, сотні тисяч жахливих злочинів не залишаться безкарними) та потребами забезпечення належної оперативності та ефективності кримінального провадження (велика кількість злочинів, які часто не є простими з точки зору доказування, в сукупності вимагає залучення величезних ресурсів для розслідування та судового розгляду, у зв'язку з чим такі справи мають розглядатися судами по мірі завершення досудового розслідування, щоб розумно розподілити ці ресурси в часі та уникнути накопичення такої кількості нерозглянутих справ, яка утворить «снігову лавину»; до того ж, значні затримки із розслідуванням та розглядом кримінальних проваджень збільшуватимуть ризики втрати доказів).

З іншого боку, судовий розгляд кримінальних проваджень за процедурою *in absentia* має суттєвий недолік, пов'язаний власне з відсутністю обвинуваченого, що із неминучістю призводить до певного обмеження змагальності процедури та прав обвинуваченого, який не може висловити та відстоювати свою версію подій у суді, та, відповідно, несе ризики заниження стандарту доведення винуватості.

Однак чому ми взагалі маємо переймати правами воєнних злочинців і стандартами доведення їх винуватості?

У першу чергу така необхідність очевидно обумовлена демократичними цінностями, які український народ виборює безмежно дорогою ціною життів захисників і мирних громадян, а також міжнародно-правовими зобов'язаннями та конституційними вимогами щодо права на справедливий суд.

Однак окрім цього є також суто практична причина, яка полягає в потребі запобігти можливості подачі масових скарг засуджених російських воєнних злочинців до ЄСПЛ, адже країна-агресор цілком може спробувати відкрити проти України новий фронт – юридичний (нагадаю, що денонсація Росією Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (далі – Конвенція) не перешкоджає можливості російських громадян подавати скарги проти країн, для яких вона є обов'язковою).

Дві справи, розглянуті ЄСПЛ, наочно демонструють потенційні ризики, пов'язані із засудженням воєнних злочинців за процедурою *in absentia*.

Справа «*Санадер проти Хорватії*» [2] стосувалася кримінальної справи, порушеної хорватською поліцією проти заявника в листопаді 1991 р. за фактом розстрілу сербськими воєнізованими формуваннями у вересні 1991 р. двадцяти семи військовополонених у м. Петриня, двадцять два з яких було вбито та п'ятьох тяжко поранено. У листопаді 1992 р. прокуратура звернулася до суду з проханням про заочне засудження заявника та інших обвинувачених, які проживали на окупованій території Хорватії, оскільки вони були недоступні хорватським органам влади. У січні 1993 р. суд першої інстанції засудив заявника, але у травні 1995 р. Верховний Суд Хорватії скасував це рішення суду, оскільки воно не було достатньо обґрунтованим. У березні 1999 р. після нового розгляду суд першої інстанції визнав заявника винним та засудив його до двадцяти років позбавлення волі. Цей вирок в частині засудження заявника був залишений без змін Верховним Судом Хорватії у 2000 р. У листопаді 2009 р. Санадер звернувся до районного суду з проханням поновити провадження у справі на тій підставі, що він дізнався про вирок лише у грудні 2008 р. і що він не вчиняв злочину, про який йдеться. Після перевірки його заяви у 2010 р. суд відхилив клопотання заявника головним чином на тій підставі, що останній проживав у Сербії і був недоступний для хорватських судових органів, а тому не міг посилатися на положення закону про автоматичне відновлення провадження. У 2015 році ЄСПЛ ухвалив своє рішення, яким встановив порушення п. 1 ст. 6 Конвенції та присудив на користь Санадера 4 000 євро як відшкодування моральної шкоди та 2 500 євро як відшкодування процесуальних витрат, які були виплачені Хорватією (разом із відсотками за прострочення) у листопаді 2015 р. [3].

Справа «*Поздер проти Хорватії*» [4] стосувалася кримінальної справи, порушеної у 1992 р. за фактом вбивства великої кількості цивільних осіб

18.11.1991 в м. Шкабрня. У липні 1993 р. заявник був затриманий хорватською владою. Слідчий суддя допитав заявника щодо цих подій, але останній заперечував свою вину. Також слідчий суддя у присутності заявника та його захисника заслухав свідка, котра пояснила, що бачила Поздера в одній із груп, сформованих сербськими воєнізованими формуваннями, під час вбивств цивільних осіб у м. Шкабрня. Однак у грудні 1993 р. заявника звільнили з-під варти у зв'язку з обміном військовополонених. У грудні 1995 р. Поздер був заочно засуджений до двадцяти років позбавлення волі. У 2012 р. він подав до хорватського суду заяви про відновлення провадження у справі. У 2013 р. хорватський суд відхилив ці клопотання, оскільки вони не містили нових фактів, а сам заявник не перебував на території Хорватії. У 2022 р. ЄСПЛ встановив порушення пунктів 1 і 3 (c) ст. 6 Конвенції та присудив на користь Поздера 4 000 євро як відшкодування моральної шкоди та 2 000 євро як відшкодування процесуальних витрат, які були виплачені Хорватією в тому ж році [5].

Таким чином, в обох наведених справах особи, засуджені хорватськими судами як воєнні злочинці, ніколи не відбували покарання, але через багато років після засудження отримали від Хорватії грошову компенсацію.

Чи так має виглядати справедливість, коли мова йде про воєнні злочини?

Переконаний, що ні. Але прецедент вже існує, а отже кількість скарг воєнних злочинців до ЄСПЛ проти України (на відміну від Хорватії) може не обмежитися двома...

Саме тому ми повинні враховувати ці ризики вже зараз і наполегливо працювати над удосконаленням національного процесуального законодавства, слідчої, прокурорської та судової практики щодо застосування процедур спеціального досудового розслідування та спеціального судового провадження *(in absentia)* для того, щоб десятки (а в майбутньому можливо сотні чи тисячі) вироків щодо воєнних злочинців замість реального покарання останніх не перетворилися на десятки, сотні тисяч або мільйони євро виплачених їм компенсацій.

Хоча в обох зазначених вище справах проведення судового розгляду за відсутності заявників само по собі не суперечило ст. 6 Конвенції, ЄСПЛ розглянув питання про те, чи ухилялися заявники від правосуддя або відмовилися від свого права бути присутніми на судовому засіданні, та якщо ні, то чи надавало їм національне законодавство з достатньою впевненістю можливість отримати новий розгляд висунутих проти них обвинувачень у їх присутності та з належним дотриманням їх права на захист.

ЄСПЛ виходив із того, що в справі Санадера не було доведено, що він знав про своє кримінальне переслідування та про висунуті проти нього обвинувачення або що він намагався ухилитися від судового розгляду чи беззастережно відмовився

від свого права з'явитися в суді. Водночас у справі Поздера ЄСПЛ відзначив, що заявник повинен був мати певні знання про кримінальне провадження щодо нього, однак немає жодних доказів того, що його після обміну як військовополоненого коли-небудь повідомляли про триваюче провадження проти нього, що йому вручали обвинувальний акт або повістки на судові засідання, або що хорватські органи влади будь-яким чином інформували його про те, що провадження проти нього триває або що він повинен повідомити їм нову адресу, за якою йому можуть бути вручені судові повістки.

За таких обставин в обох справах ЄСПЛ вважав, що заявники мали право ініціювати новий судовий розгляд кримінальних справ, тому рішення хорватських судів, які відмовили в задоволенні відповідних клопотань заявників, призвели до порушення статті 6 Конвенції.

Отже, сьогодні доцільно внести зміни до КПК, удосконаливши процедури повідомлення підозрюваних (обвинувачених) про здійснення щодо них кримінального провадження, оголошену підозру, висунуте обвинувачення та судовий розгляд, а також передбачивши особливу процедуру нового розгляду кримінального провадження за заявою засудженого, який був відсутній під час судового розгляду.

Не очікуючи цих законодавчих змін Офісу Генерального прокурора доцільно розробити та затвердити методичні рекомендації для прокурорів щодо порядку повідомлення підозрюваних (у тому числі тих, які передаються на обмін військовополонених) про здійснення кримінального провадження та про подальший судовий розгляд.

Слідчі судді, суди при ухваленні рішень про здійснення спеціального досудового розслідування та спеціального судового провадження (*in absentia*) мають належним чином перевіряти наявність підстав для цього. Під час судового розгляду кримінальних проваджень за процедурою *in absentia* щодо воєнних злочинів суди мають дотримуватися такого ж високого стандарту доведення винуватості поза розумним сумнівом, як і в будь-якому іншому кримінальному провадженні, де обвинувачений бере участь.

У разі апеляційного оскарження вироку особою, щодо якої здійснювався судовий розгляд *in absentia*, суди першої інстанції при вирішенні питання про поновлення строку на оскарження (у порядку ч. 3 ст. 400 КПК) мають брати до уваги відповідну практику ЄСПЛ, згідно з якою, «якщо особу, обвинувачену у вчиненні кримінального правопорушення, не було повідомлено особисто, з її статусу «втікача», який ґрунтується на презумпції, що не має достатнього фактичного підґрунтя, не можна робити висновок про те, що вона відмовилася від свого права з'явитися на судовий розгляд і захищати себе» [2, § 73]. Іншими словами, самої по собі презумпції обізнаності підозрюваного (обвинуваченого, засудже-

ного) про здійснення щодо нього кримінального провадження, яка ґрунтується виключно на факті публікації відповідних оголошень в «Урядовому кур'єрі» та на сайтах Офісу Генерального прокурора й судів, явно недостатньо для відмови в поновленні строку на апеляційне оскарження.

Список використаних джерел:

1. Злочини, вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ (станом на 01.12.2023). URL: http://surl.li/gysgy
2. *Sanader v. Croatia*, ECHR, no. 66408/12, 12 February 2015. URL: http://surl.li/phrqz
3. *Sanader v. Croatia*, Action report (16/10/2020), the Committee of Ministers of the Council of Europe, 1390th meeting (December 2020). URL: http://surl.li/phrrd
4. *Pozder v. Croatia*, ECHR, no. 56510/15, 13 January 2022. URL: http://surl.li/phrrk
5. *Pozder v. Croatia*, Action Plan (13/07/2022), the Committee of Ministers of the Council of Europe, 1443rd meeting (September 2022). URL: http://surl.li/phrrn

Міськів Т. І.,
аспірант відділу проблем кримінального права,
кримінології та судоустрою
Інституту держави і права
Імені В. М. Корецького НАН України,
м. Київ

ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ ЗА ВЧИНЕННЯ ДЕРЖАВНОЇ ЗРАДИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: АКТУАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ

Із початком повномасштабного вторгнення росії на територію України актуалізувалося питання притягнення до відповідальності та покарання за злочини проти основ національної безпеки. У зв'язку з цим законодавцем було внесено низку змін та доповнень до КК, зокрема, було посилено відповідальність за вчинення злочину у вигляді державної зради в умовах воєнного стану (ч. 2 ст. 111 КК) та встановлено більш суворе покарання у виді позбавлення волі на строк 15 років або довічне позбавлення волі, з обов'язковою конфіскацією майна [1].

З метою дослідження стану призначення покарання за цей злочин було відібрано та проаналізовано 50 обвинувальних вироків, ухвалених судами першої інстанції у кримінальних провадженнях за ч. 2 ст.111 КК, у період з 24.02.2022 по 24.05.2023, що дозволило виявити деякі тенденції призначення покарання за такий злочин.

Як свідчить аналіз таких вироків, призначення покарання особам, які вчинили державну зраду за ч. 2 ст. 111 КК, в абсолютній більшості відбувалося в межах санкції, передбаченої цією частиною статті, яка становить 15 років або довічне позбавлення волі. Найбільш поширеними є випадки призначення мінімального покарання у виді 15 років позбавлення волі (45 вироків). Максимальне покарання – довічне позбавлення волі, передбачене у санкції ч. 2 ст. 111 КК, було призначене лише в двох проаналізованих вироках.

Приміром, вироком Київського районного суду м. Одеси у справі № 947/8153/23 особу було засуджено за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 111 КК, і призначено покарання у вигляді 15 років позбавлення волі з конфіскацією з конфіскацію всього належного йому майна. Встановлено, що обвинувачений здійснив збір та передачу представнику спецслужби рф інформації про дислокацію військової частини Державної прикордонної служби України, об'єктів критичної інфраструктури та ППО (3 епізоди передачі інформації). При призначенні покарання обвинуваченому суд врахував тяжкість скоєного, його щире каяття в скоєному, активне сприяння розкрит-

тю кримінального правопорушення та відсутність обтяжуючих обставин [2].

Також привертає увагу той факт, що мінімальне покарання за державну зраду призначалось судами незалежно від кількості епізодів такої передачі інформації військовослужбовцям держави-агресора. Приміром, вироком Дзержинського районного суд м. Кривого Рогу Дніпропетровської області у справі № 210/3339/22 до 15 років позбавлення волі також засуджена особа, яка здійснила 16 епізодів передачі інформації [3].

Довічне позбавлення волі за вчинення державної зради в умовах воєнного стану призначалося тільки в двох випадках. Хоча якщо порівняти один з таких вироків, за яким особі призначено довічне позбавлення волі, із більшістю інших обвинувальних вироків, ухвалених у кримінальних провадженнях, у яких державну зраду було вчинено за подібних обставин, але у якості покарання визначено 15 років позбавлення волі, можемо констатувати, що якихось суттєвих ознак, які зумовлювали б настільки істотну різницю у призначених покараннях, немає [4].

З огляду на загальні засади призначення покарання серед обставин, які пом'якшують покарання за вчинення державної зради, суд враховує, як правило, щире каяття та активне сприяння розкриттю злочину, збіг тяжких особистих та сімейних обставин. Обставини, які обтяжують покарання за державну зраду, як правило, суди не встановлюють. Тільки у двох вироках суд врахував як обтяжуючі покарання обставини тяжкі наслідки, завдані злочином [5], та рецидив [6].

При дослідженні обставин, які характеризують особу винного, суди враховують такі характеристики особи винного, як: утримання малолітніх дітей, пенсійний вік, сімейний стан, перебування на обліку у лікарів нарколога та психіатра не перебуває, наявність судимості, характеристика за місцем проживання.

Водночас оскільки у судовій практиці превалює підхід щодо призначення за ч. 2 ст. 111 КК мінімального покарання у виді 15 років позбавлення волі, то вплив всіх викладених вище обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання, даних про особу обвинуваченого фактично нівелюється.

На наш погляд, причини цієї проблеми пов'язані із недосконалістю санкції за ч. 2 ст. 111 КК, яка передбачає 15 років або довічне позбавлення волі з конфіскацією майна. Очевидно, що наведена санкція є складною з точки зору її правозастосування. При обранні розміру покарання суд не має альтернативи в призначенні строкового покарання за державну зраду, а довічне позбавлення волі є занадто суворим покаранням, що фактично змушує суд призначати однакове покарання у мінімальному розмірі.

Підхід до закріплення у ст. 111 КК абсолютно визначеного строку покарання у виді позбавлення волі на певний строк (15 років) був розкритикований у висновку Головного науково-експертного управління на проект Закону № 2113-IX. На думку юристів, таким чином не враховуються загальні засади призначення покарання, визначені у ст. 65 КК. Зокрема, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 65 КК суд призначає покарання, враховуючи ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, особу винного та обставини, що пом'якшують та обтяжують покарання. Крім того, особі, яка вчинила кримінальне правопорушення, має бути призначене покарання, необхідне й достатнє для її виправлення та попередження нових кримінальних правопорушень. Більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинене кримінальне правопорушення призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатнім для виправлення особи та попередження вчинення нею нових кримінальних правопорушень (ч. 2 ст. 65 КК). З огляду на це запропоновано позбавлення волі на певний строк передбачити від 12 до 15 років [7].

В контексті призначення покарання за державну зраду, вчинену в умовах воєнного стану, варто зазначити, що серед 50 вироків у 3 випадках суди визнали за можливе застосування більш м'якого покарання на підставі ст. 69 КК.

Окрему увагу слід звернути на вирок Корольовського районного суду м. Житомира у справі № 296/4362/22, де суд кваліфікував дії особи за ч. 2 ст. 111 КК та із застосуванням ст. 69 КК призначив їй покарання у вигляді позбавлення волі строком на 7 років без конфіскації майна [8].

Попри те, що державна зрада є особливо тяжким злочином, мінімальне покарання за яке становить 15 років позбавлення волі, суд із застосуванням ст. 69 КК призначив покарання у вигляді позбавлення волі строком на 7 років. Такий розмір покарання є віддаленим від найнижчої межі, передбаченою санкцією статті і не досягає навіть половини розміру мінімального покарання, передбаченого в санкції статті.

Досліджуючи проблему призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом, Бабанли Р.Ш. зазначає, що призначення таких видів і розмірів покарань, які є удвічі меншими, ніж найнижча межа, передбачена в санкції статті (частини статті) КК або призначається покарання, яка перебуває на дві «сходини» нижче в ієрархії покарань, визначеній ст. 51 КК, є недопустимим, оскільки завдяки його використанню нівелюється засада диференціації кримінальної відповідальності, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами [9, с. 16].

Таким чином, виявлені нами тенденції призначення покарання за вчинення державної зради в умовах воєнного стану зумовлює сумніви в адекватно-

сті меж санкції, передбаченої ч. 2 ст. 111 КК, та можливої доцільності її перегляду законодавцем в частині зниження меж покарання за цей злочин або ж доповнення строкового виду покарання нижньою та верхньою межею.

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України в умовах дії режиму воєнного стану. Закон України від 07.03.2022 № 2113-IX. URL: http://surl.li/msavx
2. Вирок Київського районного суду м. Одеси від 03.05.2023 у справі № 947/8153/23. URL: http://surl.li/phrdh
3. Вирок Дзержинського районного суду міста Кривого Рогу Дніпропетровської області від 22.03.2023 у справі № 210/3339/22. URL: http://surl.li/phrdi
4. Вирок Залізничного районного суду м. Львова від 16.05.2023 у справі № 462/4128/22. URL: http://surl.li/phrdk
5. Вирок Солом`янського районного суду м. Києва від 06.02.2023 у справі №760/6074/22. URL: http://surl.li/phrdn
6. Вирок Солонянського районного суду Дніпропетровської області від 12.04.2023 у справі № 180/1629/22. URL: http://surl.li/phrdr .
7. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект 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». URL: http://surl.li/phrdt
8. Вирок Корольовського районного суду м. Житомира від 02.11.2022 у справі № 296/4362/22. URL: http://surl.li/phrdx
9. Бабанли Р. Ш. Проблеми призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом (на підставі матеріалів судової практики). *Наук. вісн. Ужгород. Нац. ун-ту.* Серія : Право. 2015. Вип. 34(3). С. 12–16. URL: http://surl.li/phrec

Рябчинська О. П.,
доктор юридичних наук, професор,
завідувачка кафедрою кримінального права,
процесу та криміналістики
Класичного приватного університету
м. Запоріжжя

ІНШІ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ УКРАЇНИ, ЯК ЕЛЕМЕНТ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТАТТЕЮ 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Фахівцями неодноразово наголошувалося на тому, що ст. 438 КК «Порушення законів та звичаїв війни» є бланкетною, для з'ясування її змісту слід аналізувати значну кількість міжнародних актів, а також зважаючи на те, що Римський статут МКС містить чіткіші формулювання, ніж Женевські конвенції, посилатись на його положення доречно разом з положеннями ратифікованої Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 (далі - Женевської конвенції 1949 року) [1;2]. Такий підхід є раціональним, зважаючи, зокрема, на позицію Конституційного суду України, сформульовану в його висновку у справі щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут). З цього приводу КС зазначив, що статут фактично відтворює переважну більшість положень, що визначають злочини, низки Женевських конвенцій, до яких приєдналася Україна. До того ж положення Статуту, які забороняють злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини, злочин агресії, розглядаються нині як звичаєва норма міжнародного права, що неодноразово підтверджували міжнародні судові органи. Отже, їх характер як злочинних згідно зі ст. 18 Конституції України не залежить від приєднання України до Статуту та набуття ним чинності [3].Винятково актуальним такий підхід є щодо складових об'єктивної сторони цього злочину, які не конкретизовані в диспозиції норми, а саме «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами».

Особливості поводження з особами, які перебувають під захистом і знаходяться на окупованій території, визначаються Розділом III Женевської Конвенції 1949 р. і конкретизуються в наступних заборонах: 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 розглядатися 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.

За даними Центру національного спротиву росія проводить системні заходи на тимчасово окупованих територіях України, зокрема Запорізької та Херсонської областей (далі – ТОТ), спрямовані на знищення української ідентичності та асиміляцію місцевого населення до складу «єдиної російської нації». Для цього систематично втілюються наступні заходи: примусова паспортизація; ідеологічна обробка місцевих мешканців; депортація місцевих мешканців; викрадення дітей з подальшим вивезенням їх на територію російської федерації та республіки білорусь; завезення держслужбовців і трудових мігрантів з російської [4, с.21].

Так, зважаючи на повільні тенденції паспортизації українського населення на цих територіях через небажання населення набувати громадянство рф, прийнято указ № 307 від 27.04.2023 «Про особливості правового становища окремих категорій іноземних громадян і осіб без громадянства в Російській Федерації» (далі указ № 307) [5]. Головною загрозою неотримання паспорту громадянина рф українцями на ТОТ України стала анонсована владою рф депортація українських громадян, які наразі визнані іноземними громадянами на своїй землі. Зокрема в п.2 цього указу зазначено, що іноземні громадяни і особи без громадянства, що прибули на території ДНР та ЛНР, Запорізької та Херсонської областей, й постійно проживають станом на 30.09. 2022 на цих територіях….. вправі постійно проживати на цих територіях на підставі документів, що підтверджують їх статус, виданих уповноваженим органом України, до 01.07.2024 . У разі не отримання російського паспорту погрожують примусовим виселенням, депортацією українців на територію рф, позбавленням соціального захисту і конфіскацією майна. Таким чином, вектор політики паспортизації українців змінився з «лояльного», який характеризувався створенням умови для добровільного набуття громадянства країни-агресора за рахунок спрощення відповідних адміністративних процедур, в бік примусовості та відкритого тиску.

Подібні рішення і дії суперечать як Женевській конвенції 1949 р, так і Римському статуту. Зокрема в ст. 49 Женевської конвенції 1949 р. забороняється, незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію осіб, що перебувають під захистом, з окупова-

ної території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні. Римський статут депортацію або насильницьке переміщення населення розцінює як *злочин проти людяності*, який полягає в насильницькому переміщенні відповідних осіб шляхом виселення або інших примусових дій з території, на якій вони законно перебувають, за відсутності підстав, що допускаються міжнародним правом (п. d) ч.2 ст. 7 Римського Статуту). Крім того Римський статут визнає незаконну депортацію поряд з позбавленням волі формами *воєнного злочину* (п. vii) п. a) ч.2 ст. 8, а також *серйозним порушенням норм міжнародного гуманітарного права* (viii) п. a) ч.2 ст. 8). Отже навіть в межах одного правового документу депортація осіб, що перебувають під захистом, визнається одночасно і злочином проти людяності і формою воєнного злочину.

Одним з найнебезпечніших наслідків набуття громадянства рф в найближчий перспективі є потенційна загроза мобілізації наших громадян до армії рф, з огляду на те, що, призов на військову службу громадян рф, які проживають на території Запорізької та Херсонської областей, здійснюється починаючи з 2023 р., по-друге - держдума рф схвалила поправки, згідно з якими громадяни рф тепер отримуватимуть повістки в електронному вигляді, відтак на тимчасово окупованих територіях збирають для військкомату дані місцевих мешканців, які отримали російські паспорти і, таким чином, останні можуть отримати електронні повістки й бути мобілізованими. Такі дії також є серйозним порушенням законів та звичаїв війни за Женевською Конвенцією 1949 р. [6] та за Римським статутом. Вказані рішення та дії суперечать ст. 51 Женевської конвенції, яка визначає, що окупаційна держава не може примушувати осіб, що перебувають під захистом, служити в її збройних чи допоміжних силах, а також чинити будь-який тиск чи здійснювати пропаганду, спрямовані на забезпечення добровільного вступу на військову службу та ст. 8 Римського статуту, що забороняє примушення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави, а також примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти їхньої власної країни, навіть якщо вони перебували на службі воюючої сторони до початку війни.

Отже подібна політика паспортизації на ТОТ спрямована, серед іншого, і на формальну легалізацію мобілізації мешканців цих територій. З іншого боку, потрібно визначитись з підходами до кримінально-правової оцінки дій особи, яка будучи громадянином України, добровільно отримала паспорт рф, мобілізувалась до армії рф, прийняла участь в бойових діях в складі збройних сил рф. Ураховуючи приписи ч.1 ст. 2 Закону України «Про громадянство України», при кримінально-правовій оцінці дій таких осіб маємо виходити з того, що, якщо громадянин України набув громадянство (підданство) рф, то

у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України. Відтак його дії мають бути кваліфіковані як державна зрада у формі переходу на бік ворога під час воєнного стану.

Насильницька паспортизація є незаконною та не визнається в Україні й у світі, оскільки суперечить принципам і нормам міжнародного права і є порушенням Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни. На державному рівні наголошується на тому, що Україна послідовно відстоює позицію невизнання громадянства держави-агресора, яке українці насильно отримали на окупованих нею землях. Водночас особи, які будучи громадянами України, набули добровільно громадянство рф, та сприяють у примусовій паспортизації, пропагують переваги отримання громадянства рф, заохочують до таких дій на ТОТ, залежно від характеру дій мають нести відповідальність за ч.6 ст. 111-1 КК, а саме організацію 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.

Зауважимо, що примусова паспортизація не визнається самостійною формою порушення норм міжнародного гуманітарного права, адже ані в Женевській конвенції, ані в Римському статуту не згадується. Тому таку діяльність потрібно оцінювати в широкому розумінні зважаючи на її причини, глобальні цілі та методи здійснення. Так, метою цього процесу визнається легітимізація анексії Криму, окупації Донбасу та нових окупованих територій після повномасштабного вторгнення, створення передумов для втручання Росії в справи України, зміна демографічної ситуації на окупованих територіях, а також зниження шансів на повернення цих територій під контроль України. Фактично мова йде про організаційно-правове закріплення влади рф та підготовки ґрунту для збереження їх «здобутків» в частині посягання на територіальну цілісність і недоторканність України. Очевидними ж причинами примусової паспортизації є збір персональних даних для посилення контролю окупаційної влади, що дозволяє ефективніше тероризувати населення та зменшувати зв'язок України з її громадянами, і, як вже було зазначено вище, полегшення можливості мобілізації населення та примушення їх до участі у війні.

Саме методи, до яких вдаються окупаційні адміністрації, визнаються серйозними (грубими) порушеннями норм міжнародного гуманітарного права, адже переважно зводяться до наступного: тиск, примус, шантаж, у тому числі адміністративний, погрози позбавленням роботи, житла, освіти, пенсії; загроза припинення надання медичних послуг мешканцям, які не мають полісу медичного страхування, який можна отримати лише за умови набуття громадянства рф та отримання паспорту, а для неповнолітніх з чотирнадцяти ро-

ків за умови наявності паспорту рф одного з батьків [7], використання фізичного та психічного насильства, щоб перешкоджати людям використовувати українські документи, залякування та покарання тих, хто висловлює протест проти примусової паспортизації, вкрай цинічні погрози відібрати дітей, обмеження в пересуванні та інші порушення конвенційних та конституційних прав і свобод людини, які межують або ж є формами реалізації політики геноциду на ТОТ.

Список використаних джерел:

1. Суддя ККС ВС Наталія Антонюк: проблемні питання захисту прав в умовах війни та розгляду воєнних злочинів (Верховний Суд). Пряме посилання на документ в системі «Прецедент»®. URL: http://surl.li/phrsb
2. Герман Анасімов. Під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни важливим є встановлення контекстуального аспекту. URL: http://surl.li/phrsm
3. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11.07.2001. URL: http://surl.li/phrsq
4. Ситуація на тимчасово окупованих територіях у першому півріччі 2023 року. URL: http://surl.li/phrsw
5. Про особливості правового становища окремих категорій іноземних громадян і осіб без громадянства в Російській Федерації: указ президента рф № 307 від 27.04.2023
6. Рябчинська О.П. Кримінально-правова оцінка примусової паспортизації та набуття громадянства рф на тимчасово окупованих територіях України. *Національна безпека України в умовах інформатизації та глобалізації суспільних процесів: сучасні загрози та кримінально-правове регулювання* : матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 11 трав. 2023 р.) / редкол.: Л. М. Демидова (голов. ред.), Н. В. Шульженко, Д. О. Куковинець, О. С. Попович ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса Нац. акад. прав. наук України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». Харків : Право, 2023. С.109-114.
7. Окупанти припиняють надання медпослуг мешканцям ТОТ. URL: http://surl.li/lrywq

Фулей Т. І.,
кандидат юридичних наук,
начальник відділу наукових досліджень
проблем судочинства та науково-методичного
забезпечення суддівської освіти
Національної школи суддів України,
м. Київ

ПРАВО ТА ЕМОЦІЇ (У КОНТЕКСТІ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ)

Вчинені в Україні воєнні злочини викликають багато емоцій – як в Україні, так і за її межами. Всі, хто живе в Україні, відчувають себе потерпілими, і це змінює фокус суду у кримінальному провадженні – якщо раніше особливий акцент робився на захисті прав обвинуваченого, то сьогодні актуалізуються питання щодо захисту прав потерпілих, особливостей розгляду кримінальних проваджень, пов'язаних із повномасштабним російським вторгненням на територію України [1]. Що ж до західного суспільства, то воно завжди болюче реагувало на звірства [2], а під час повномасштабної фази збройної агресії «ми маємо справу з масовими звірствами в атмосфері неконтрольованого насильства» [3], як це влучно охарактеризував М. Гнатовський. «Захід був настільки шокований тим, що відбулося під час Другої світової війни, свідком чого він був, і чого не зміг зупинити, що він дотепер дуже болісно реагує навіть на натяки на подібні події. А в Україні – це не натяки. В Україні – це репліка того, що робили нацисти на цих територіях в 40-ві роки XX сторіччя», – зазначає В. Портніков, підкреслюючи, що саме Буча – це «ім'я цієї емпатії», яку демонструє цивілізований світ до України [2].

Водночас ця емпатія, а також допомога, зокрема експертна, не заперечує як моніторингу судових процесів, так і прискіпливого аналізу судових рішень у справах про воєнні злочини. Безперечно, не усі судові процеси отримують таку медійну та експертну увагу, як два перші, що відбувалися у травні 2022 р., однак, до прикладу, Медійна ініціатива за права людини (МІПЛ) здійснює висвітлення багатьох справ, розслідування окремих епізодів, аналіз зібраних даних та ін. Інший приклад – Всеукраїнською громадською організацією «Асоціація правників України» презентовано звіт за результатами впровадження проєкту «Моніторинг судових проваджень у справах про воєнні злочини», об'єктом аналізу якого були судові засідання в 114 справах, а також 44 судові рішення, ухвалені з 24.02.2022 до 15.10.2023. Серед рекомендацій звіту виокремимо дві, які стосуються підготовки суддів: звертати увагу суддів на необхідність чітко вказувати в судових рішеннях конкретну норму міжнародного гуманітарного права, яку було порушено

(рекомендація 5.7), а також на важливість чіткого дотримання неупередженості та безсторонності при розгляді справ про воєнні злочини (рекомендація 5.5) [5, с. 8]. Окрім того, враховуючи, що переважна більшість справ розглядаються судами в рамках спеціального судового провадження (in absentia), «національна система юстиції має зробити усе можливе, щоб продемонструвати справедливий судовий розгляд. На думку експертів, для цього недостатньо забезпечити мінімально прийнятний рівень захисту» [5, с. 7]. Зауважимо, що у низці вироків (як приклад – у справі № 369/9950/22) суд констатував, що стороною обвинувачення були здійснені всі можливі передбачені законом заходи щодо дотримання прав осіб – у статусі як підозрюваних, так і обвинувачених – на захист та доступ до правосуддя [6].

Як слушно зауважив М. Мазур, судді – професійні правники, і розуміють, чому обговорюється необхідність дотримання прав обвинувачених, зокрема права на захист. Але як пояснити українському суспільству, чому піднімається питання права на захист тих людей, які вчиняють такі жахливі злочини [7, 5:21:06-5:21:41]? Наголошуючи на емоційності питання, М. Мазур схиляється до аргументації з практики ЄСПЛ, оскільки вважає, що теза про те, що українська система правосуддя, українські суди мають якісно відрізнятися від російських, можливо, не буде сприйнята суспільством [7, 5:21:41-5:22:32]. Погоджуючись з важливістю врахування усталеної практики ЄСПЛ, зокрема й рішення у згадуваній ним справі «Санадер проти Хорватії» (*Sanader v. Croatia*) [8], не менш важливим видається поміркувати над емоційним аспектом та виявити зв'язки права та емоцій при розгляді справ про воєнні злочини, зокрема у світлі доступу до правосуддя, що відповідно до п. 14 ч. 1 ст. 7, ст. 21 КПК є засадою кримінального провадження.

Стверджуючи, що розум та людські емоції є провідними цінностями будь-якої справедливої правової системи [9, с. 209], М. Селлерз зауважує: «Правові системи мають бути дієвими, щоб бути корисними, а для того, щоб бути ефективними, вони повинні зважати на реальність людських емоцій» [9, с. 211]. Емоціями є ті почуття та інстинктивні потреби, які змушують нас діяти задля їх задоволення, а головною людською емоцією у будь-якій дискусії щодо права, на думку М. Селлерза, є почуття справедливості – і виникає частіше за все воно у відповідь на несправедливість [9, с. 218]. Важливо, що почуття справедливості допомагає тримати інші емоції у рівновазі, оцінюючи їх вплив на інших осіб і суспільство в цілому; таке розуміння справедливості передбачає ставлення до неї як до керівної емоції. Однак емоції мають набагато ширшу сферу застосування, ніж право. Першочергова ж важливість емоцій для права, включаючи емоційне почуття справедливості, полягає в тому, що вони мотивують людські дії і відображають людські потреби, які завжди потребуватимуть задоволення [9, с. 219].

Водночас справедливість може бути й раціональною – це «розумне вираження емоційного почуття справедливості» [9, с. 219]. Справедливість виникає в суспільстві на перетині культури та інститутів [9, с. 220]. Справедливість встановлює межі автономії особи, тому що багато проявів емоцій та потягів мають бути обмежені, оскільки вони загрожують добробуту інших людей або суспільства в цілому [9, с. 220].

Відтак, розгляд справ щодо вчинених в Україні воєнних злочинів відповідно до загальновизнаних стандартів справедливого суду можна розглядати як «розумне вираження емоційного почуття справедливості» (за М. Селлерзом) у відповідь на «масові звірства в умовах неконтрольованого насильства» (за М. Гнатовським). Справедливий суд над воєнними злочинцями українському суспільству потрібен не тому, щоб у майбутньому уникнути сплати компенсації у випадку визнання порушень з боку ЄСПЛ. Ураховуючи емоційність питання, якщо справедливість – це керівна емоція, яка тримає інші у рівновазі, то у випадку її незадоволення керівну роль можуть захопити інші – наприклад, помста – і рівновагу буде втрачено.

С. Павличко свого часу зауважувала, що Україна є типовим постколоніальним суспільством, а життя на руїнах тюрми породжує дискурс насильства та жорстокості. Хоча українська література XIX-XX століть часто представляється як романтична і сентиментальна, тим часом вона була літературою помсти – і окрім помсти гнобителям, прослідковується «також істерична ненависть носіїв цього насильства до себе» [10]. Через передчасну смерть літературознавиці запланована нею монографія залишилася ненаписаною, а дискурс насильства – непроаналізованим. Однак, висловлена наприкінці 90-х рр. XX ст. теза С. Павличко про те, що насильство має глибоке коріння в національній традиції, навіть домінує в ній, зараз сприймається як набагато очевидніша, аніж коли вона була висловлена. Тому запит на справедливість, який існує в суспільстві, набагато кращий, аніж запит на помсту, що може виявитися для суспільства руйнівним.

Емоційне почуття справедливості українців призвело до трьох революцій – Студентської революції на граніті (1990), Помаранчевої (2004) та Революції Гідності (2013-2014). Прикметно, що роль суду у подіях 2004 р. та 2013 р. виявилася діаметрально протилежною і викликала у суспільства протилежні емоції. Це наглядно демонструє, що здійснення повноважень у свавільний спосіб, «ухвалення істотно несправедливих, необґрунтованих, таких, що суперечать здоровому глуздові, або деспотичних рішень, що є несумісним із принципом правовладдя» [11, п. 52, с. 31] неминуче викликає відповідні емоції.

Теперішній запит суспільства на притягнення до відповідальності винних у скоєнні воєнних злочинів – природний, однак для того, щоб «кожний, хто

вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини», має відбутися швидке, повне та неупереджене розслідування і судовий розгляд (ч. 1 ст. 2 КПК). Тому забезпечення доступу до правосуддя і гарантій справедливого суду при розгляді справ щодо воєнних злочинів є передусім в інтересах суспільства – для «розумного вираження емоційного почуття справедливості», а не інших, деструктивних емоцій.

Список використаних джерел:

1. Нині актуалізувалося питання щодо захисту прав потерпілих у кримінальних провадженнях, пов'язаних із російською агресією. *Судова влада України*. 01.08.2021. URL: http://surl.li/phrts /
2. Хоменко С. Віталій Портников: "Якщо не буде політичного рішення, ЗСУ не зможуть добитися закінчення війни". *BBC news Україна*. 21.07.2023. URL: http://surl.li/phrue
3. «Правосуддя буде не швидким, але точно буде неминучим» – Микола Гнатовський про воєнні злочини. *Pravo.ua*. 27.04.2022. URL: http://surl.li/phrui
4. Медійна ініціатива за права людини. URL: https://mipl.org.ua/
5. Звіт за результатами впровадження проєкту «Моніторинг судових проваджень у справах про воєнні злочини». URL: http://surl.li/phrup
6. Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 17 листопада 2022 р. у справі № 369/9950/22. URL: http://surl.li/phruv
7. Правосуддя в Україні під час війни: проблеми розгляду корупційних та воєнних злочинів. URL: http://surl.li/phruy
8. Sanader v. Croatia (Application no. 66408/12) ECtHR judgment of 12 February 2015. URL: http://surl.li/phrvc
9. Селлерз М. Право, розум та емоції. *Філософія права і загальна теорія права*. 2014. № 1-2. С. 209-228.
10. Павличко С. Насильство як метафора (Дискурс насильства в українській літературі). Теорія літератури. 2002. Цит за: URL: http://surl.li/phrvg
11. Європейська комісія "За демократію через право" (Венеційська комісія). Доповідь про правовладдя. Страсбург, 04.04.2011. CDL-AD(2011)003rev Оp. англ. Дослідження № 512/2009. Переклад українською С. Головатого. *Право України*. 2019. № 11. С. 14-38.

Шевчук А. В.,
аспірантка Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, м. Київ

ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ (СТАТТЯ 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ), ВЧИНЕНЕ ПОВТОРНО: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ

Актуальним правовим питанням сучасної кримінально-правової доктрини України є притягнення до кримінальної відповідальності комбатантів, військовослужбовців збройних сил російської федерації, які після 24.02.2022 незаконно перетнувши державний кордон України, опинилися в ролі злочинців, а саме осіб, які вчиняють на терені України різноманітні кримінальні правопорушення, у тому числі порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України).

Як свідчить статистика Офісу Генерального прокурора, у 2022 р. було обліковано 60 387 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 438 КК (з них 6 013 – пов'язаних з умисним вбивством), з них 30 особам вручено повідомлення про підозру у вчиненні вказаного злочину. У 2023 р. обліковано було 60 944 кримінальних правопорушення, передбачених ст. 438 КК, з них 1 844 – пов'язаних з умисним вбивством), з них 88 особам вручено повідомлення про підозру.

Однак чи свідчать такі великі показники реальному кримінально-правовому реагуванню на факти порушення законів та звичаїв війни військовослужбовцями збройних сил російської федерації в Україні? Вочевидь – ні. Насамперед це пов'язано зі здійсненням досудового розслідування та судового розгляду за процедурою in absentia, тобто за відсутності обвинуваченого, яка вимагає дотримання ряду вимог, передбачених кримінальним процесуальним законодавством, а також практикою ЄСПЛ. Окрім того, ні органи досудового розслідування, ні судова система не були готові здійснювати розслідування та безпосередньо досліджувати докази у кримінальних провадженнях про порушення законів та звичаїв війни. Тому й вироків, ухвалених за ст. 438 КК, обмаль. Так, за даними Державного підприємства «Інформаційні судові системи» (Єдиний державний реєстр судових рішень) за період з 24.02.2022 до 15.01.2024 на розгляд судам надійшло 193 кримінальних провадження, з яких розглянуто – 58. Водночас за даними того ж самого державного підприємства за вказаний період в апеляційному порядку було оскаржено лише 10 вироків, ухвалених за ст. 438 КК. Всі з них було залишено апеляційним судом без змін.

Досить часто, як вбачається з аналізу вироків, розміщених в Єдиному державному реєстрі судових рішень, військовослужбовці збройних сил російської федерації кілька разів порушують закони та звичаї війни, що за класичними уявленнями у теорії кримінального права становить собою повторність. Наприклад, згідно з першим вироком, яким військовослужбовця збройних сил російської федерації шишимаріна було засуджено за ч. 2 ст. 438 КК – вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23.05.2022 у справі № 760/5257/22 – вбачається, що засуджений вчинив кілька порушень законів та звичаїв війни. Так, з указаного судового рішення випливає, що військовослужбовці збройних сил російської федерації, серед яких був шишимарін, вирішили заволодіти автомобілем, яким рухався громадянин України. З цією метою шишимарін та інші невстановлені слідством особи здійснили ряд пострілів зі своєї автоматичної зброї у бік автомобіля, в результаті чого пошкодили у ньому кузов, лобове скло та переднє ліве колесо. Водій з метою збереження власного життя і здоров`я, покинув свій автомобіль, а військовослужбовці збройних сил російської федерації, серед яких був шишимарін, сіли у вказаний автомобіль та поїхали по місту. Під час руху на автомобілі вони побачили цивільну особу, мешканця цього міста, який на велосипеді рухався їм на зустріч. Шишимарін, виконуючи наказ, вистрілив у громадянина України, спричинивши йому смерть.

Згідно з Женевською конвенцією про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 вказані дії засудженого шишимаріна підпадають під різні види серйозних порушень законів та звичаїв війни. Так, згідно зі ст. 147 цього міжнародного документу серйозні порушення становлять такі порушення, що охоплюють такі дії, якщо їх здійснено проти осіб або власності, які перебувають під захистом цієї Конвенції: ***умисне вбивство***, тортури або нелюдяне поводження, зокрема біологічні експерименти, які умисно спричинять великі страждання чи серйозні травми тілу чи здоров'ю, нелегальна депортація чи переведення або нелегальне ув'язнення особи, що перебуває під захистом, примушення особи, що перебуває під захистом, служити в збройних силах ворожої держави, або умисне відбирання в особи, що перебуває під захистом, прав на справедливий і офіційний судовий процес, рекомендований цією Конвенцією, захоплення полонених і широкомасштабне ***руйнування і привласнення власності, не виправдане воєнною необхідністю, і здійснюване незаконним чином і безцільно.***

Таким чином, засуджений вироком Солом'янського районного суду м. Києва від 23.05.2022 у справі № 760/5257/22 шишимарін скоїв на території України два порушення законів та звичаїв війни, що вимагало б урахування цієї обставини під час кваліфікації. Проте така обставина не передбачена законодавцем як кваліфікуюча у ст. 438 КК. Відповідно вона не могла бути врахована

під час кваліфікації ні органом досудового розслідування, ні судом.

Про те, що у випадку, який наводився, має місце повторність, сумніву немає. Так, згідно з ч. 1 ст. 32 КК повторністю кримінальних правопорушень визнається вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу. У випадку, що аналізується шишимарін двічі порушив закони та звичаї війни, які не є тотожними та, відповідно, не об'єднані єдиним умислом, що вказує на відсутність продовжуваного кримінального правопорушення та на наявність повторності.

Водночас, як передбачено у ч. 3 цієї статті, вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями цього Кодексу, визнається повторним лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу. Як зазначалося вище, ст. 438 КК не передбачає такої кваліфікуючої ознаки, як повторне порушення законів та звичаїв війни. Водночас відсутність відповідної кваліфікуючої ознаки може бути компенсована на етапі призначення покарання. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 67 КК вчинення злочину повторно визнається обставиною, що обтяжує покарання.

Однак, як убачається з вироку Солом'янського районного суду м. Києва від 23.05.2022 у справі № 760/5257/22, вказана обставина не була врахована судом під час призначення покарання. Чи є в цьому певний прорахунок суду, який не врахував таку обставину під час призначення покарання? Думаємо, що ні.

Згідно з п. 4 ч. 1 ст. 91 КПК у кримінальному провадженні підлягають доказуванню, серед іншого, обставини, які обтяжують чи пом'якшують покарання. Тобто, саме на орган досудового розслідування покладається доказування такої обставини, що обтяжує покарання, як повторне порушення законів та звичаїв війни. Тобто в обвинувальному акті має знайти відображення наявність обставин, що пом'якшують та обтяжують покарання. Якщо у цьому акті не доведено наявність цієї обставини, то суд першої інстанції не може вийти за межі висунутого обвинувачення відповідно до вимог ч. 1 ст. 337 КПК.

Таким чином, суд першої інстанції стосовно шишимаріна не міг, ухвалюючи вирок та призначаючи йому покарання, врахувати обставиною, що обтяжує покарання, вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК, повторно, оскільки орган досудового розслідування не довів наявності цієї обставини (очевидно, не звернув на неї уваги) та, відповідно, шишимаріну не висувалося обвинувачення у повторному порушенні законів та звичаїв війни.

На нашу думку, такий недолік пов'язаний з неналежною діяльністю органу досудового розслідування, працівники якого через невігластво чи недбаль-

ство не звернули увагу на те, що засуджений вчинив два самостійних порушення законів та звичаїв війни, що вимагає висунення йому обвинувачення саме за повторне вчинення злочину, передбаченого ст. 438 КК. Виправдовувати слідчих, прокурорів, які допустили такий прорахунок на етапі досудового розслідування в цьому конкретному випадку, можна з огляду на обставини, про які ми писали вище: до розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень за ст. 438 КК не були готові ні працівники органів досудового розслідування та прокурори, ні судді. А вирок щодо шишимаріна, нагадаємо, був першим. Водночас вада, яка полягає у відсутності у висунутих військовослужбовцям збройних сил російської федерації обвинуваченнях повторного порушення законів та звичаїв війни має місце і в подальшому, що потребує коригування як на правозастосовному, так і на нормативному рівнях.

Зокрема, вважаємо за необхідне рекомендувати під час підвищення кваліфікації прокурорів у Тренінговому центрі прокурорів України звертати увагу на те, що порушення законів та звичаїв війни може бути вчинено повторно та орієнтувати прокурорів на те, щоб вони за процесуального керівництва у кримінальних провадженнях про порушення законів та звичаїв війни звертали увагу на такі обставини та коригували процесуальну діяльність слідчих у цьому напрямку. Те саме стосується підвищення кваліфікації слідчих, яке вони проходять у Національній академії внутрішніх справ України. Також і під час навчання суддів, їх помічників у Національній школі суддів України щодо застосування норм міжнародного гуманітарного права, кваліфікації порушень законів та звичаїв війни не зайвим буде акцентування їхньої уваги на тому, що порушення законів та звичаїв війни може бути вчинено повторно та необхідності врахування цієї обставини під час призначення покарання. Звісно у разі, якщо повторність буде доведена під час досудового розслідування та перебувати у межах висунутого особі обвинувачення.

Що стосується нормативного рівня, то вважаємо за доцільне передбачити у ст. 438 КК таку кваліфікуючу ознаку, як порушення законів та звичаїв війни повторно. Таке законодавче рішення може бути нормативним запобіжником недолікам діяльності органу досудового розслідування та прокуратури, про які йшлося вище.

Таким чином, порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК) досить часто вчиняється повторно, що за відсутності відповідної кваліфікуючої ознаки у цій статті може зумовити наявність недоліків під час здійснення досудового розслідування у цих кримінальних провадженнях та тягнути призначення покарання, яке не відповідатиме тяжкості вчиненого кримінального правопорушення.

ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ ПІД ЧАС ВІЙНИ: ПРОБЛЕМИ РОЗГЛЯДУ КОРУПЦІЙНИХ ТА ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

(VI КИЇВСЬКИЙ ПОЛІЛОГ)

Підписано до друку 24.04.2024. Формат 60x84 1/16
Папір офсетний. Друк офсетний.
Обл.-вид. арк. 4,8. Тираж 150 прим. Зам. 101.

Видавництво ТОВ "Компанія ВАІТЕ"
01042, м. Київ, вул. Саперне поле, 26, к. 27.
Свідоцтво про внесення до Державного реєстру
суб'єктів видавничої справи
серія ДК № 2570 від 27.07.2006 р.