

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

Передплатний індекс 74424
Свідоцтво про державну реєстрацію
Серія КВ № 23026-12866ПР

ISSN 1026-9932
DOI: 10.33498/Юу-2022-11

Адреса редакції
вул. Багговутівська, 17–21
м. Київ, 04107, Україна
тел.: +380(44) 537-51-10

Головний редактор
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Голова Редакційної ради
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>
Емейл: editor.pravoua@gmail.com

Офіційна сторінка у мережі “Фейсбук”:
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань України з юридичних спеціальностей
(наказ Міністерства освіти і науки України від 14 травня 2020 р. № 627)

Бази даних періодичних видань *Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory)* (США)
(з 2002 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *EBSCO Publishing, Inc.* (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *Index Copernicus International* (Польща)
(з 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *HeinOnline* (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Бази даних періодичних видань з гуманітарних і соціальних наук *ERIH PLUS*
(*European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences*) (Норвегія).
(з 2020 р.)

ВИДАВЕЦЬ

© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Юрій Шемшученко, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. Батлер (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій Битяк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав Борисов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Гончаренко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Денисов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Костенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Крупчан, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Нор, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола Панов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро Рабінович, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селванов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола Селвон, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан Сулейменов, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан Стефанчук (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Святоцький (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоєць (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Резнікова (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя Антонюк, к. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult., Prof. (Germany); Ольга Бакалінська, д. юрид. наук, проф.; Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген Бараш, д. юрид. наук, проф.; Олександр Батанов, д. юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д. юрид. наук, проф.; Олександр Брöstл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Тетяна Вільчик, д. юрид. наук, проф.; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Анатолій Гетьман, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН

України; Оксана Гришук, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Гудима, к. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Олександр Дроздов, д. юрид. наук, проф.; Володимир Єрмоленко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Задихайло, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ДЖОЗЕФ ЗІГЕЛЕ (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); Володимир Зубар, к. юрид. наук, доц.; Алієв Амір Ібрагім, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); Іван Калаур, д. юрид. наук, проф.; Оксана Капліна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ніна Карпачова, к. юрид. наук, доц.; Олена Кібенко, д. юрид. наук, доц.; Олександра Кологойда, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Комарова, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Корнякова, д. юрид. наук, проф.; Олексій Кот, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олена Кохановська, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Станіслав Кравченко, к. юрид. наук; Василь Крат, к. юрид. наук, доц.; Олексій Кресін, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; Степан Кубів, д. економ. наук, доц.; Наталія Кузнєцова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Дмитро Лук'янов, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспенник, к. юрид. наук, доц.; Павло Любченко, д. юрид. наук, проф.; Роман Майданик, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Мережко, д. юрид. наук, проф.; Сергій Мінченко, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Анатолій Мірошніченко, д. юрид. наук, проф.; Віра Михайленко, к. юрид. наук; Лідія Москвич, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Носік, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталія Онщенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Наталія Пархоменко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Петро Пацурківський, д. юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д. юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д. юрид. наук, проф.; Микола Погорєцький, д. юрид. наук, проф.; Сергій Погрібний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Борис Поляков, д. юрид. наук, проф.; Юрій Притика, д. юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, к. юрид. наук; Лариса Рогач, к. юрид. наук; Михайло Савчин, д. юрид. наук, проф.; Ірина Сениота, д. юрид. наук, проф.; Ольга Середа, к. юрид. наук, доц.; Світлана Серьогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, проф.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Інна Спасибо-Фатєєва, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, д. юрид. наук, доц.; Хірохіде Такікава (HIROHIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України;

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Віталій Уркевич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Владислав Федоренко, д. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGAITIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Світлана Фурса, д. юрид. наук, проф.; Джабір Халілов, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Харитонов, д. юрид. наук, доц.; Наталія Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Юрій Чумак, к. юрид. наук.; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Оксана Щербанюк, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA), Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національний університет “Кієво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ; Юридична фірма “Юрлайн”; Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України.

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ
КРИЗЬ ПРИЗМУ ДОКТРИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА
ТА ПРАКТИКИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ”

НАТАЛІЯ АНТОНЮК
Вступ до актуальної теми 9

*I. Загальні засади дослідження злочинів
проти основ національної безпеки України*

Вячеслав Навроцький
Загальні, спеціальні та казуїстичні склади кримінальних
правопорушень проти основ національної безпеки України 12

Оксана Кваша
Родовий об’єкт злочинів розділу I Особливої частини
Кримінального кодексу України: держава & національна безпека 24

*II. Співвідношення злочинів проти основ національної безпеки
між собою і з суміжними посяганнями*

НАТАЛІЯ АНТОНЮК
Зміни до злочинів проти основ національної безпеки:
криміналізація чи диференціація кримінальної відповідальності 37

Євген Письменський
Колабораційна діяльність у сфері освіти:
проблеми тлумачення та вдосконалення кримінального закону 49

Олександр Марін
Кримінально-правові варіації державної зради
у Кримінальному кодексі України 60

Микола Рубашенко
Особливості кваліфікації публічних закликів та заперечень
як інформаційних діянь 76

Андрій Бенцький
Особливості кримінально-правової кваліфікації злочинів,
передбачених ч. 4 ст. 111¹ Кримінального кодексу України,
та розмежування їх із суміжними складами злочинів. 88

Юрій Пономаренко
Несанкціоноване поширення військово значущої інформації:
питання кримінально-правової кваліфікації
та застосування кримінально-правових засобів 100

Висновки та рекомендації з актуальної теми 118

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 11 • 5-6

ЗМІСТ

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ:
“Злочини проти основ національної безпеки України
крізь призму доктрини кримінального права
та практики правозастосування” 126

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

ОЛЕКСІЙ КРЕСІН
Питання щодо характеру резолюцій Генеральної
Асамблеї Організації Об’єднаних Націй
у доктрині міжнародного права 128

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

ТЕТЯНА ПОДОРОЖНА, АНДРІЙ ХУДИК
Судове провадження в режимі відеоконференції
із застосуванням власних технічних засобів та сервісу “EASYCON”:
судова практика в кримінальному процесі
в умовах воєнного стану 148

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

ТАМАРА ГОРБАЧЕВСКА
The Need for the Minimum Standard Requirement
in the Protection of Freedom of Religion and Belief at the Workplace:
the Case of Wabe and Mh Mueller Handels Gmbh V. Mj. 162

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

Перекваліфіковуючи позов за принципом *jura novit curia*,
суд може порушити право на справедливий суд
як щодо відповідача, так і щодо позивача 179

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“CRIMES AGAINST NATIONAL SECURITY OF UKRAINE
THROUGH THE PRISM OF CRIMINAL LAW DOCTRINE
AND LAW ENFORCEMENT PRACTICE”

NATALIA ANTONIUK

INTRODUCTION TO THE CENTRAL TOPIC 9

*I. General Principles of Research of Crimes
Against National Security of Ukraine*

VYACHESLAV NAVROTSKYI

General, Special and Casuistic Compositions of Criminal Offenses
Against the Foundations of the National Security of Ukraine 12

OKSANA KVASHA

Generic Crime Object of the First Chapter of the Special Part
of the Criminal Code of Ukraine: State & National Security 24

*II. Correlation of Crimes Against National Security
Among Themselves and with Related Criminal Offenses*

NATALIA ANTONIUK

Amendments of the Crimes Against National Security of Ukraine:
Criminalization or Differentiation of Criminal Liability 37

Yevhen Pysmenskyi

Collaborative Activities in the Education Field:
Issues of Interpretation and Improvement of the Criminal Law 49

OLEKSANDR MARIN

Criminal-Law Variations of High Treason
in the Criminal Code of Ukraine 60

MYKOLA RUBASHCHENKO

Specifics of the Qualification of Public Calls and Denials
as Informational Actions 76

ANDRIY BENITSKIY

Features of Criminal-Legal Qualification Crimes Provided
for in Part 4 Article 111¹ of the Criminal Code of Ukraine
and Their Relationship with Related Elements of Crimes 88

YURIY PONOMARENKO

Unauthorized Dissemination of Militarily Significant Information:
Issues of Criminal Law Qualification
and Criminal Law Remedies Application 100

ІПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 11 • 7-8

TABLE OF CONTENTS

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC 118
SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC:
“Crimes Against National Security of Ukraine
Through the Prism of Criminal Law Doctrine
and Law Enforcement Practice” 126

INTERNATIONAL LAW

OLEKSIY KRESIN
The Issue of the UN General Assembly Resolutions Nature
in the Doctrine of International Law 128

CRIMINAL LAW AND PROCESS

TETIANA PODOROZHNA, KHUDYK ANDRII
Judicial Proceedings in Videoconference Mode
with The Use of The Own Technical Means and Service “Easycon”:
Judicial Practice in Criminal Proceedings in the Context of Martial Law ... 148

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

TAMARA HORBACHEVSKA
The Need for the Minimum Standard Requirement
in the Protection of Freedom of Religion and Belief at the Workplace:
The Case of Wabe and Mh Mueller Handels Gmbh v. Mj. 162

DOCTRINE IN CASE LAW

By Qualifying Claim According to the Principle of Jura Novit Curia,
the Court May Violate the Right to a Fair Trial
for Both The Defendant and the Plaintiff 179

Central Topic of the Next Issue:
“LAW DURING MARTIAL LAW:
RECOGNISING THE RUSSIAN FEDERATION
AS A STATE SPONSOR OF TERRORISM”

Актуальна тема номера:

“ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ
НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ
КРИЗЬ ПРИЗМУ ДОКТРИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА
ТА ПРАКТИКИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ”



Наталія Антонюк

кандидатка юридичних наук, доцентка,
суддя Верховного Суду,
секретар Першої судової палати
Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду

ВСТУП ДО АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Актуальність і критична необхідність кримінально правової охорони національної безпеки України є беззаперечним постулатом. Причому цілком можна констатувати, що саме охорона національної безпеки держави створює підґрунтя для кримінально правової охорони інших цінностей, як от життя, здоров'я особи, власності тощо. Без належного функціонування держави неможливо забезпечити реалізацію громадянами своїх прав та свобод, створити нормальні механізми для гармонічного розвитку суспільства загалом.

Війна російської федерації проти України була причиною переосмислення значною частиною суспільства ролі держави. Загарбницька політика держави-агресора продемонструвала не лише важливість кримінально правових заходів, спрямованих на охорону національної безпеки України. Абсолютно по іншому пересічні громадяни почали оцінювати суспільну небезпечність посягань на національну безпеку України загалом. І такий розвиток подій був цілком закономірним. Адже історичний досвід демонструє, що держави, які починають війни і ведуть загарбницьку, агресивну політику щодо своїх сусідів, зазвичай використовують агентів, шпигунів для пошуку слабких місць у захисті національної безпеки, підшуковують громадян-зрадників, які стають опорою агресора. Через своїх агентів і внутрішніх зрадників й будується план захоплення, знищення суверенної держави.

Той факт, що після початку широкомасштабного наступу російської федерації на Україну різко зросла кількість кримінальних проваджень, які вносяться до ЄРДР з кваліфікацією як злочини проти основ національної безпеки України підкреслює, що перед цим наступом держава не приділяла достатньої уваги боротьбі з кримінально караними посяганнями на національну безпеку. Тай заради справедливості варто констатувати, що й загалом оцінка суспільством діянь, які становлять державну зраду чи колабораційну діяльність, для прикладу, була зовсім інакшою.

Суспільство, яке десятиліттями жило в мирі, яке лише по розповідях дідусів та бабусь знало про жахи війни, стало лояльним до проявів посягань на національну безпеку. І лише ця страшна агресія російської федерації, яка й зараз триває проти незалежної Української держави, змусила кожну людину як в Україні, так і в світі задуматися над роллю держави в захисті й охороні своїх громадян і необхідності зворотного зв'язку, який полягає у захисті своєї держави від агресивних посягань інших державних утворень.

Варто констатувати, що розділ I Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України) до 2014 року, тобто до початку воєнної агресії рф проти України шляхом захоплення Криму та Донбасу, не зазнав змін. Він був одним із найменших розділів Особливої частини КК України. Дослідженню складів злочинів проти основ національної безпеки України присвячувалася увага науковців, однак в порівнянні із іншими питаннями, можна стверджувати, що активної розробки цієї тематики не було.

Після 2014 року законодавець вніс зміни у всі статті розділу I Особливої частини КК України, оскільки чітко встановив, що частину діянь з огляду на кримінологічні показники (передусім поширеність і суспільну небезпечність) необхідно терміново криміналізувати. Йдеться передусім про ст. 114¹ КК України.

Однак практично одразу після так званого другого етапу війни, тобто після повномасштабного вторгнення рф в Україну 24 лютого 2022 року, парламентарі вирішили, що кримінальний закон потребує суттєвого оновлення. Зміни, внесені Законом № 2108-IX від 3 березня 2022 року, суттєво вплинули на систему кримінально караних посягань на національну безпеку України. Адже доповнення КК України положеннями, які встановили кримінальну відповідальність за колабораціонізм вплинуло на співвідношення складів злочинів проти основ національної безпеки між собою та з іншими складами кримінальних правопорушень.

Потреба у науковій розробці проблематики злочинів проти основ національної безпеки України, визначення і наукове коментування ознак складів цих злочинів стали топ-темою як для науковців, так і для практиків. В державі розпочалися сотні кримінальних проваджень за статтями, які містяться в розділі I Особливої частини кримінального закону.

Варто акцентувати, що як до судової практики в частині притягнення винних до кримінальної відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України, так і до наукових напрацювань щодо цієї проблематики, пристальна увага колег-юристів з інших держав. Як іноземні вчені, так і законодавці інших держав аналізують досвід України в кількох аспектах. По-перше, йдеться про те чи достатньою була та кримінально-правова охорона національної безпеки держави, яка існувала до війни. По-друге, детально вивчається наш досвід, який стосується змін до кримінального закону в частині злочинів проти основ національної безпеки. Йдеться і про своєчасність зміни кримінального закону, і про оцінку цих змін вченими та практиками, і про адаптацію практиків до нових положень кримінального закону. В результаті такого аналізу іноземні правники планують зробити висновки щодо дієвості положень, спрямованих на кримінально правову охорону національної безпеки у кримінальних кодексах їхніх держав.

Для вітчизняних правників зараз же абсолютно інше завдання. В той час, коли відважні українські воїни ціною свого життя захищають Україну, парламентарі, вчені і правозастосувачі мають вжити всіх заходів для того, щоб механізм кримінально правової охорони національної безпеки України дійсно був дієвим. Для полегшення роботи практиків необхідно вже сьогодні сформулювати максимально чіткі орієнтири, які б дозволили встановити ознаки того чи іншого складу злочину проти національної безпеки, дозволили б розмежувати конкуруючі чи суміжні склади злочинів між собою.

Звісно, що завжди в ході наукової дискусії можна вийти на пропозиції для законодавця в частині необхідності внесення змін до кримінального закону. Однак на перше місце зараз потрібно поставити розуміння того факту, що кримінальний закон у чинній редакції застосовується вже, в цю хвилину і саме пропозиції і практичні висновки про те як його застосовувати вже і зараз є найбільш цінними для того, щоб кримінальний закон був надійною основою для захисту національної безпеки України від злочинних посягань будь-якого ворога.

Виходячи саме із таких міркувань правники, які вже десятиліттями працюють в царині доктрини кримінального права, напрацювали низку підходів щодо змісту найбільш обговорюваних проблем, що стосуються кваліфікації злочинів проти основ національної безпеки України. Звісно ж динаміка розвитку подій як у частині внесення законотворцем змін до кримінального закону, так і конкретні прояви злочинної поведінки окремих осіб на практиці, будуть стимулом для подальших пошуків у цій проблематиці, породжуватимуть нові питання, які потребуватимуть відповіді. Проте все ж базові дослідження, міркування українських вчених стануть важливим орієнтиром як для правоохоронних органів, так і для судів у ході кримінально правової оцінки злочинів проти основ національної безпеки України.

I. Загальні засади дослідження злочинів проти основ національної безпеки України



Вячеслав Навроцький

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри теорії права та прав людини
Українського католицького університету
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4276-037X>
ResearcherID: D-6589-2019
navrotskyi.vo@gmail.com

УДК 343.2; 343.3

ЗАГАЛЬНІ, СПЕЦІАЛЬНІ ТА КАЗУЇСТИЧНІ СКЛАДИ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Характерною рисою розвитку українського кримінального законодавства є доповнення його статтями, які передбачають спеціальні та казуїстичні склади злочинів. Це має місце і в частині регламентації відповідальності за посягання проти основ національної безпеки України, особливо статей, якими Кримінальний кодекс України (КК України) доповнено після початку повномасштабної агресії Російської Федерації проти України. Нерідко виливається у фактичне пом'якшення відповідальності всупереч намірам законодавця, а перед практикою породжує проблеми вирішення конкуренції між раніше існуючими положеннями КК України та законодавчими новелами.

Метою статті є визначення теоретичного, законодавчого та правозастосовного співвідношення між існуючими від запровадження КК України 2001 р. загальними складами злочинів та законодавчими новелами часів російсько-української війни, які встановлюють спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України.

Констатовані переваги використання в законі конструкцій загальних складів таких правопорушень. Сформульовані критерії, за наявності яких законодавцю доцільно виділяти спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень. Щодо відповідних законодавчих положень визначено, які з них встановлюють загальні, а які спеціальні та казуїстичні склади злочинів, кримінальних проступків. На цій основі конкретизовані правила кримінально-правової кваліфікації, якими повинні керуватися слідчі, прокурори та судді у відповідних правозастосовних ситуаціях. Показані підходи робочої групи, яка готує проект нового КК України щодо конструювання статей про злочини проти основ національної безпеки України.

Зроблено висновок, що перспективним шляхом розвитку кримінального законодавства, зокрема в частині регламентації посягань проти основ національної безпеки України, є акцент на загальні склади злочинів.

Ключові слова: основи національної безпеки; склад злочину; конкуренція; спеціальна норма; загальна норма; казуїстична норма.

Зміни та доповнення кримінального закону України, що мали місце після переходу російсько-української від 24 лютого 2022 р. до її гострої фази¹, породили потребу проаналізувати законодавчі новели. Суть проблеми у тому, що зміни до Кримінального кодексу України (далі – КК України)² значною мірою полягають у запровадженні норм, що охоплюють діяння, які і раніше були криміналізовані чи то ще відповідно до первісної редакції КК України 2001 р., чи внаслідок змін і доповнень, внесених після початку російської агресії проти України в 2014 р. Уведення до кримінального закону статей, які передбачають здебільшого спеціальні та казуїстичні склади злочинів, у низці випадків означає пом'якшення відповідальності. За таких обставин працівники правозастосовних органів опиняються перед складною дилемою – чи застосовувати законодавчі новели та не зважати на їхню невідповідність цілям і завданням кримінального права в умовах війни, чи фактично ігнорувати нові статті, а застосовувати раніше чинні про загальні склади злочинів проти основ національної безпеки України. У не менш складній ситуації перебувають і криміналісти-теоретики, покликані сформулювати рекомендації працівникам правозастосовних органів щодо вирішення низки конценційних і колізійних проблем.

Таким чином, аналіз питань, яким присвячена ця публікація, спрямований на вирішення проблеми, яка, існуючи і в попередні роки, загострілася в умовах великомасштабної війни.

Після потрясіння, викликаного початком великомасштабної агресії та кількох тижнів роздумів, українські криміналісти повернулися до активної наукової діяльності. Лише протягом перших місяців війни були проведені принаймні три масштабні конференції – у Львові 20 квітня 2022 р.³ та 9–11 червня 2022 р.⁴, у Харкові 5 травня 2022 р.⁵, згодом відбулося ще немало наукових заходів. Стали з'являтися й окремі публікації, зокрема й монографічні, серед яких відзначимо працю Р. Мовчана⁶ та колективу авторів під егідою Національної академії внутрішніх справ України⁷.

¹ Лише за період від 24 лютого 2024 р. до початку листопада цього року зміни до КК України вносилися тринадцятьма законами України, при цьому дванадцять із них ухвалені у період із 3 березня по 14 квітня 2022 р. Більшість із них стуються розвитку розділу 1 Особливої частини КК України.

² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 01.11.2022).

³ *Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції* (Письменський Є упоряд, Нац акад внутр справ Львів держ ун-т внутр справ Дніпропет держ ун-т внутр справ, Луган держ ун-т внутр справ ім Е О Дідоренка 2022) 125.

⁴ *Українська кримінальна юстиція в умовах війни: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції* (м Львів, 9–11 червня 2022 року) (Газдайка-Василишин І упоряд, ЛьвДУВС 2022) 272.

⁵ *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (Баулін Ю, Пономаренко Ю упоряд та заг ред, Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого, Нац шк суддів України, Громад. орг. "Всеукр асоц кримін Права", НДІ вивч проблем злочинності ім акад В В Сташиса, Право 2022) 310.

⁶ Р Мовчан, "Воєнні" новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми (Норма права 2022) 242.

⁷ *Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану: науково-практичний коментар* (Вознюк А, Мовчан Р, Черней В ред, Норма права 2022) 278.

Серед питань, які обговорювалися на очних і відеозустрічах, висвітлюються у публікаціях, чільне місце посіли ті, які стосуються визначення взаємозв'язку між положеннями статей Особливої частини КК України про злочини проти основ національної безпеки України, які були чинними на момент початку повномасштабної агресії проти України та введених до КК України чи змінених у пізніший період. Однак досі превалює догматичний аналіз і позицій *de lege lato*. Не заперечуючи доцільність такого підходу, все ж він не дає змоги комплексно і системно проаналізувати взаємозв'язки та взаємозалежність між відповідними складами злочинів.

Метою дослідження є виявлення того, які склади кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки є загальними, а які – спеціальними чи казуїстичними, та, відповідно, якими правилами подолання конкуренції між статтями, що передбачають такі склади правопорушень, слід керуватися. Постановка такої загальної мети передбачає і формулювання низки конкретних цілей. Серед них уведення у науковий обіг основ вчення про підстави (критерії, засади) для виділення у кримінальному законі статей, які передбачають спеціальні та казуїстичні склади злочинів й оцінка того, чи дотримався цих підстав законодавець.

Відомо, що розвиток кримінального законодавства характеризується певною циклічністю. Статті, які розраховані на конкретні випадки (а історично кримінальне право почало формуватись як сукупність саме таких статей), поступово змінюються більш загальними. А оскільки загальні норми не можуть охопити всю різноманітність життя і врахувати особливості суспільної небезпеки окремих видів посягань, то знову виділяють норми, призначені для диференціації кримінальної відповідальності або її обмеження та розраховані на більш вузьке коло випадків. Така циклічність характерна по суті для всіх розділів Особливої частини КК України.

Розділ про посягання на основи національної безпеки України також поряд зі статтями про норми загального характеру (про відповідальність за повалення існуючого конституційного ладу, посягання на територіальну цілісність, державну зраду, диверсію) містить статті, які охоплюють часткові форми таких посягань. Не претендуючи на докладний виклад і не зупиняючись на детальній аргументації (що вже зроблено іншими авторами, зокрема у виступах на зазначених вище конференціях та публікаціях щодо окремих складів злочинів), звернемо увагу на те, що по суті всі законодавчі новели розділу I Особливої частини КК України “Злочини проти основ національної безпеки України” охоплюють діяння, що й раніше були кримінально караними, насправді не встановлюють відповідальності, а лише уточнюють її умови.

Таблиця

*Статті (частини статей) розділу I Особливої частини КК України
“Злочини проти основ національної безпеки України”
за обсягом передбачених ними складів кримінальних правопорушень
і передбачені ними діяння*

Статті, які передбачають загальні склади	Статті, які передбачають поєднані склади кримінальних правопорушень (вужчі чи ширші за обсягом)
ст. 109, ч. 1: дії, вчинені з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади <...>	ст. 110 ² , ч. 2 [фінансування дій <...> становить пособництво щодо злочину, передбаченого ст. 109 ч. 1]
ст. 109, ч. 2: публічні заклики до насильницької зміни або повалення конституційного ладу або захоплення державної влади <...>	ст. 111 ¹ , ч. 1 [публічні заклики громадянином України до підтримки рішень та/або дій держави-агресора <...> можуть виступати як форма дій, вказаних в ст. 109 ч. 2]
ст. 110 ч. 1: дії, вчинені з метою змін меж території або державного кордону України <...>	ст. 110 ² , ч. 1 [фінансування дій <...> становить пособництво щодо злочину, передбаченого ст. 110 ч. 1]
ст. 111, ч. 1: надання <...> допомоги в проведенні підривної діяльності проти України	ст. 111 ¹ , ч. 1-6 [діяння, передбачені кожною із частин ст. 111 ¹ можуть становити надання <...> допомоги в проведенні підривної діяльності проти України та бути державною зрадою]; ст. 111 ² [діяння, які полягають у пособництві державі-агресору становлять пособництво у державній зраді]; ст. 112 [посягання на життя державного чи громадського діяча може становити надання допомоги у проведенні підривної діяльності проти України, як форми державної зради]; ст. 113 [вчинення диверсії може становити надання допомоги у проведенні підривної діяльності проти України та бути державною зрадою]; ст. 114 ¹ [перешкодження законній діяльності Збройних Сил України може становити надання допомоги у проведенні підривної діяльності проти України та бути державною зрадою]; ст. 114 ² [несанкціоноване поширення інформації про направлення переміщення зброї <...> може становити надання допомоги у проведенні підривної діяльності проти України та бути державною зрадою]

Загалом, якщо виділяти статті кримінального закону з урахуванням кола діянь, за вчинення яких у них передбачена кримінальна відповідальність (так званий поділ за обсягом), то серед них можна виділити ті, які містять ознаки кримінально-правових норм і складів кримінальних правопорушень:

а) загальних – які охоплюють доволі широке коло суспільно небезпечних посягань, оскільки не містять конкретизації та прив'язки до конкретних ситуацій, щодо яких застосовуються, відображають численні однорідні предмети, явища, процеси;

б) спеціальні – що передбачають діяння, які одночасно охоплюються і певною загальною нормою, але відображають типові особливості, характерні ознаки посягань певного виду. Для них характерні або вказівки на додаткові ознаки, що характеризують предмет, потерпілого, спосіб вчинення посягання, суб'єкта чи інші ознаки складу, або ж використання термінів, що позначають поняття із вужчим обсягом. Відповідно, обмежується коло діянь, які охоплюються відповідною статтею;

в) казуїстичні – такі, що поширюються на конкретне вузьке коло діянь. Їх застосування обмежене завдяки вказівці в диспозиції статті особливої частини кримінального закону вузько окреслених ознак складу злочину, використанню вичерпних переліків при формулюванні диспозиції та подібних законодавчих прийомів.

Про наявність між кримінально-правовими нормами та складами кримінальних правопорушень співвідношення за обсягом зазвичай можна вести мову лише при їх зіставленні між собою і в аспекті застосування до конкретних правозастосовних ситуацій. Самі собою норми та складі кримінальних правопорушень не можуть бути ні загальними, ні спеціальними, ні казуїстичними.

Таким чином, спеціальні норми та складі злочинів похідні від загальних і нерозривно з ними пов'язані. Водночас для статей про казуїстичні складі кримінальних правопорушень і норм характерно те, що вони не пов'язані з загальними, не є похідними від них. Тому випадки, які не підпадають під казуїстичні норми, не охоплюються іншими кримінально-правовими нормами.

Як вже відзначалося, і як видно з наведеної вище таблиці (колонка праворуч), значна частина обсягу розділу “Злочини проти основ національної безпеки України” становлять статті, які передбачають діяння, які охоплюються іншими, більш загальними і широкими за обсягом кримінально-правовими положеннями. Причому більшість таких положень становлять аналізовані законодавчі новели. Тому виникає запитання: які переваги та недоліки спеціальних і казуїстичних норм та складів злочинів порівняно з загальними, які підстави існують для застосування таких законодавчих конструкцій, чи успішно їх застосує український

законодавець для регламентації відповідальності за посягання на основи національної безпеки України?

Фактори, які обумовлюють активність акторів законопроектів про доповнення КК України статтями про спеціальні норми та склади кримінальних правопорушень, доволі очевидні. Загальновизнаною є думка, що наявність таких норм дає змогу врахувати різноманітність посягань, їхню різну суспільну небезпеку. У такий спосіб демонструється увага законодавця до певних правозастосовних ситуацій. Також правозастосовні органи отримують відповідне орієнтування. Поява статей про спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень часто є реакцією як на підставні, так і надумані нарікання працівників правоохоронних органів на відсутність чи недостатність правових засобів для протидії певним соціальним явищам.

Поряд із такими, зовнішніми та показними (а скоріше, “показушними”) причинами запровадження спеціальних і казуїстичних складів кримінальних правопорушень, є й причини змістовні. Статті, які передбачають такі склади, дають змогу диференціювати відповідальність порівняно з тією, яка передбачена у статтях кримінального закону про загальні склади, а також уточнити умови кримінальної відповідальності, зокрема, обмежити її з урахуванням способу вчинення злочину чи проступку, ознак спеціального суб’єкта тощо. Статті ж про казуїстичні склади кримінальних правопорушень дають змогу встановити кримінальну відповідальність за посягання, які раніше не охоплювалися кримінальним законом.

Таким чином, причини появи в законі статей про спеціальні та казуїстичні склади злочинів і проступків, різноманітні. Серед них є як ті, що спрямовані на покращення якості кримінального закону, так і ті, які пов’язані з намаганням вирішити важливі суспільні проблеми кримінально-правовими засобами, коли насправді законодавчі зміни до цього не ведуть.

На щастя, переважна більшість пропозицій про доповнення КК України новими статтями про спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень залишаються не реалізованими. Однак ті, які втілюються у КК України, часто породжують проблеми, неспівмірні з очікуваним позитивним ефектом. Негаразди, породжені засиллям у КК України статей, які передбачають спеціальні та казуїстичні склади злочинів, вельми різноманітні. На них автор вже вказував у своїх публікаціях⁸.

Загалом є підстави констатувати, що статті про спеціальні норми слід створювати за наявності реальної потреби в диференціації кримінальної відповідальності, а повернення до казуїстики історично безперспектив-

⁸ В Навроцький, ‘Спеціальні і казуїстичні кримінально-правові норми та прогаліни у кримінальному законі’ в *Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування та перспективи удосконалення. Прогалини у кримінальному законодавстві. Міжнародний симпозиум 12–13 вересня 2008 р.* (Львів держ ун-т внутр справ 2008) 134–5.

но. Повною мірою це стосується і такої важливої частини кримінального закону, як відповідальність за посягання на основи національної безпеки України. Аналіз розділу I Особливої частини КК України “Злочини проти основ національної безпеки України” показує, що його доповнення статтями, які передбачають спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень, загалом призвело до погіршення якості кримінально-правової регламентації.

Такий висновок підтверджується під час аналізу підстав виділення відповідних статей кримінального закону. У теорії вітчизняного кримінального права не розроблені критерії (підстави, засади), керуючись якими законодавець мав би звертатися до законодавчих конструкцій спеціальних і казуїстичних складів кримінальних правопорушень. Ці питання “пропущені” навіть у публікаціях і дослідженнях, прямо присвячених питанням спеціальних норм⁹, та критеріїв криміналізації¹⁰.

Водночас у теорії кримінального права достатньо глибоко розроблені загальні питання критеріїв криміналізації¹¹.

При всій різноманітності формулювань автори єдині в основних судженнях щодо того, наявність яких факторів необхідна для встановлення кримінальної відповідальності. Можна висунути гіпотезу, що ті чинники, які зумовлюють встановлення кримінальної відповідальності, водночас викликають і потребу у виділенні статей про спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень. Адже і криміналізація, і диференціація кримінальної відповідальності зовні виражаються у внесення змін до кримінального закону. Змістовно ж вони полягають у використанні кримінально-правових засобів для вирішення певних соціальних проблем. За своєю сутністю критерії криміналізації та критерії виділення спеціальних і казуїстичних складів злочинів не збігаються, їх співвідношення відображається як співвідношення філософських категорій загального та особливого. Не маючи змоги в межах цієї публікації докладно висвітлити питання про критерії виділення статей про спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень, зупинимося лише на низці ключових положень.

⁹ І Сень, *Функції спеціальних норм у кримінальному праві України: наукова брошура* (Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка 2019) 68; І Сень, ‘Спеціальні норми у кримінальному праві України’ (дис канд юрид наук, 2020) 280.

¹⁰ Д Балобанова, ‘Теорія криміналізації’ (дис канд юрид наук, 2007) 208; О Попович, ‘Принципи криміналізації: поняття, зміст та дотримання (на прикладі ст. 110² КК України)’ (2018) 4 Підприємництво, господарство і право 209–18.

¹¹ Детальний огляд підходів українських і зарубіжних криміналістів із проблем криміналізації/декриміналізації наведений у змістовному й великому за обсягом вступному слові О. Водянікова до відповідного дослідження В. Гацелюка – див.: О Водяніков, ‘Від *caveat dominus* до *ultima ratio*: демократія і конституційні принципи криміналізації: вступне слово’ в Гацелюк В, *Криміналізація суспільно небезпечних діянь протягом дії Кримінального кодексу України 2001 року: останні сюжети на фоні загальної палітри законодавчих рішень* (ВАІТЕ 2021) 3–31.

Загально визнано, що ключовим для криміналізації є високий ступінь суспільної небезпеки посягання. Інтерпретуючи це на виділенні аналізованих складів злочинів, можна стверджувати, що *спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень можуть виділятися тоді, коли певні посягання не лише характеризуються належною суспільною небезпекою, а й ця небезпека специфічна* – відрізняється за своїм характером і ступенем від небезпеки посягання, передбаченого загальною нормою. Водночас така суспільна небезпека має бути однорідною з суспільною небезпекою загального складу кримінального правопорушення.

Недостовірно, що цей критерій було дотримано при доповненні розділу КК України “Злочини проти основ національної безпеки України”, оскільки серед спеціальних складів, передбачених ним кримінальних правопорушень, є:

- кримінальні проступки (частини 1 та 2 ст. 111¹ КК України);
- діяння, які повністю охоплюються складом злочину “Державна зрада” у формі “надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України” (більшість із тих, що описані в частинах 3–8 ст. 111¹, ст. 114¹, ч. 3 ст. 114² КК України);
- спеціальні види співучасті у злочинах проти основ національної безпеки України, які виділені у спеціальні склади злочинів (статті 110², 111² КК України).

Чи не єдиний випадок, коли суспільна небезпека посягання відрізняється від небезпеки злочину, передбаченого статтею про загальний склад, відповідно до частин 1 та 2 ст. 114² КК України.

Ще одним із загально визнаних критеріїв криміналізації є відносна поширеність посягання. Щодо аналізованих складів цей критерій модифікується у те, що *діяння, передбачені статтями про спеціальні та казуїстичні склади, мають бути не лише відносно поширеними, а й такими, які не перевищують за поширеністю ті, які охоплюються статтею про загальний склад кримінального правопорушення*. Статті про спеціальні та казуїстичні склади правопорушень не повинні створюватися для одиничних випадків і не мають витіснити собою загальні склади.

Можна припустити, що статті про спеціальні та казуїстичні склади відповідних кримінальних правопорушень вводилися до КК України, щоб досягти принаймні двох цілей: одна – заповнити прогалини у кримінально-правовій регламентації, друга – створити “лайт-версію” суворих норм про злочини проти основ національної безпеки і тим самим обмежити застосування раніше існуючих статей відповідного розділу КК України. Обидві цілі сумнівні. Адже прогалини за наявності широких загальних норм фактично відсутні, а пом’якшення кримінальної відповідальності за посягання проти основ національної безпеки в умовах війни безпід-

ставне. Тому важко говорити про відповідність законодавчих новел і цьому критерію введення до кримінального закону статей про спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень.

До критеріїв криміналізації зазвичай відносять необхідність притягнення до кримінальної відповідальності з огляду на неможливість чи неефективність використання інших засобів на небажану поведінку. Цей критерій виступає як *вимога щодо встановлення недостатності заходів, встановлених статтями про загальні склади кримінальних правопорушень для протидії діянням, які мають охоплюватися спеціальними чи казуїстичними складами правопорушень*. Однак при доповненні КК України статтями про спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень взагалі не проводився аналіз на предмет того, у чому ж полягає недостатність існуючих правових засобів про злочини проти основ національної безпеки України. Принаймні не публікувалися результати таких спеціальних досліджень, відповідна аргументація відсутня і у пояснювальних записках до законопроектів. І, навпаки, повідомлення про “успіхи” правозастосовних органів щодо застосування законодавчих новел часто викликають розпач. А як інакше реагувати на повідомлення про “два роки умовно” особам, які коригували ракетні обстріли українських міст? Тому доводиться констатувати, що і цей критерій виділення статей про спеціальні та казуїстичні склади злочинів під час доповнень КК України у першій половині 2022 р. було проігноровано.

Перелік критеріїв криміналізації, як і критеріїв виділення статей про спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень, звісно ж, можна і потрібно доповнювати. Серед них – *узгодження відповідних законодавчих положень національного законодавства з вимогами ратифікованих Україною міжнародно-правових актів та Конституцією України, історична обумовленість спеціальної кримінально-правової регламентації, врахування позитивного зарубіжного досвіду виділення спеціальних та казуїстичних складів злочинів, погодження відповідних законодавчих підходів з вимогами суспільної моралі тощо*. Однак це має стати предметом спеціальних досліджень.

Критичне ставлення до законодавчих змін, про які йдеться, не виключає питання про те, а як же діяти в ситуації, яка склалася, правозастосовній практиці? Найпростіша, найбільш переконлива й очевидна відповідь одна – виконувати закон! Адже правила кваліфікації у правозастосовних ситуаціях, за яких скоєне одночасно охоплюється і статтею про загальний склад, і статтею про спеціальний склад кримінального правопорушення (так звана конкуренція загального та спеціального законів) давно відомі й однозначні¹².

¹² Детальніше: В Навроцький, *Основи кримінально-правової кваліфікації* (2-ге вид, Юрінком Інтер 2009) 270–1.

Загалом такими ж правилами кваліфікації належить керуватися і щодо статей про казуїстичні склади кримінальних правопорушень. За винятком того, що коли посягання не відповідає ознакам, передбаченим статтею про казуїстичний склад, то воно повинно визнаватися не кримінально протиправним, тобто таким, за яке не передбачена кримінальна відповідальність. Наприклад, криміналізація поширення інформації військового характеру у ст. 114² КК України з вичерпним переліком видів такої інформації означає, що поширення будь-якої іншої інформації військового характеру (наприклад, про персональний склад командирів військових частин і підрозділів) лежить поза межами кримінально-правової регламентації.

З огляду на викладене вище видається виправданим підхід членів робочої групи, яка готує проєкт нового КК України, щодо обмеження застосування спеціальних складів злочинів і проступків та відмову від казуїстичних складів кримінальних правопорушень. Зокрема, у проєкті КК України склади зради України (ст. 9.1.7), колабораційної діяльності (ст. 9.1.8) та окупаційної діяльності (ст. 9.1.9) сформульовані не за принципом їх співвідношення як загального та спеціального чи цілого та частини, а як самостійні. А задля забезпечення засади правової визначеності наводиться вичерпний перелік діянь, які охоплюються кожним із цих видів злочинів, який не “перехрещується” щодо кількох видів посягань¹³. Завдяки цьому вже на етапі розроблення проєкту кримінального закону попереджуються проблеми, пов’язані з розмежуванням відповідних складів злочинів, виникненням конкуренції між статтями КК України під час їх застосування.

Висновки. Таким чином, наведені вище міркування становлять основу для висновку, що перспективним шляхом розвитку кримінального законодавства, зокрема в частині регламентації посягань проти основ національної безпеки України, є акцент на загальні склади кримінальних правопорушень. З огляду ж на надзвичайно високий ступінь суспільної небезпеки таких посягань, вони повинні криміналізуватися через встановлення у КК України статей лише про злочини. Нарешті, будь-яке доповнення чи зміна кримінального закону своєю передумовою та необхідною складовою повинні мати визначення співвідношення з уже існуючим законодавчим матеріалом.

¹³ Текст проєкту нового Кримінального кодексу України’ <<https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>> (дата звернення: 01.11.2022).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Movchan R, "Voenni" novelty Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: pravotvorchi ta pravozastosovni problemy (Norma prava 2022) (in Ukrainian).
2. Navrotskyi V, *Osnovy kryminalno-pravovoi kvalifikatsii* (2-he vyd, Yurinkom Inter 2009) (in Ukrainian).
3. Sen I, *Funktsii spetsialnykh norm u kryminalnomu pravi Ukrainy: naukova broshura* (Iurydychnyi fakultet Lvivskoho natsionalnoho universytetu imeni Ivana Franka 2019) (in Ukrainian).
4. Vodiannikov O, 'Vid caveat dominus do ultima ratio: demokratiia i konstytutsiini pryntsyipy kryminalizatsii: vstupne slovo' v Hatseliuk V, *Kryminalizatsiia suspilno nebezpechnykh diian protiahom dii Kryminalnoho kodeksu Ukrainy 2001 roku: ostanni siuzhety na foni zahalnoi palitry zakonodavchykh rishen* (VAITE 2021) (in Ukrainian).

Edited books

5. *Novely kryminalnoho zakonodavstva Ukrainy, pryiniati v umovakh voiennoho stanu: nauково-praktychnyi komentar* (Vozniuk A, Movchan R, Chernei V red, Norma prava 2022) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Popovych O, 'Pryntsyipy kryminalizatsii: poniattia, zmist ta dotrymanna (na prykladi st. 110² KK Ukrainy)' (2018) 4 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 209–18 (in Ukrainian).

Conference papers

7. *Kryminalno-pravovi vidpovidi na vyklyky voiennoho stanu v Ukraini: materialy mizhnar. nauk. konf.* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu uporiad ta zah red, Nats yuryd un-t im Yaroslava Mudroho, Nats shk suddiv Ukrainy, Hromad orh "Vseukr asots krymin Prava", NDI vyvch. problem zlochynnosti im akad V V Stashysa, Pravo 2022) (in Ukrainian).
8. *Kryminalno-pravovi, kryminolohichni, kryminalni protsesualni ta kryminalistychni problemy protydii zlochynnosti v umovakh voiennoho stanu: materialy Vseukrainskoi nauково-praktychnoi konferentsii* (Pysmenskyi Ie uporiad, Nats akad vnutr sprav Lviv derzh un-t vnutr sprav, Dnipropet derzh un-t vnutr sprav, Luhan derzh un-t vnutr sprav im E O Didorenka 2022) (in Ukrainian).
9. Navrotskyi V, 'Spetsialni i kazuistychni kryminalno-pravovi normy ta prohalyny u kryminalnomu zakoni' v *Kryminalnyi kodeks Ukrainy 2001 r.: problemy zastosuvannia ta perspektyvy udoskonalennia. Prohalyny u kryminalnomu zakonodavstvi. Mizhnarodnyi sympozium 12–13 veresnia 2008 r.* (Lviv derzh un-t vnutr sprav 2008) 134–5 (in Ukrainian).
10. *Ukrainska kryminalna yustytysiia v umovakh viiny: materialy VIII (XXI) Lvivskoho forumu kryminalnoi yustytysii* (m Lviv, 9–11 chervnia 2022 roku) (Hazdaika-Vasylyshyn I uporiad, LvDUVS 2022) (in Ukrainian).

Theses

11. Balobanova D, 'Teoriia kryminalizatsii' (dys kand yuryd nauk, 2007) (in Ukrainian).
12. Sen I, 'Spetsialni normy u kryminalnomu pravi Ukrainy' (dys kand yuryd nauk, 2020) (in Ukrainian).

Websites

13. 'Tekst proiektu novoho Kryminalnoho kodeksu Ukrainy' <<https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>> (accessed: 01.11.2022) (in Ukrainian).

Vyacheslav Navrotskyy

GENERAL, SPECIAL AND CASUISTIC COMPOSITIONS
OF CRIMINAL OFFENSES AGAINST THE FOUNDATIONS
OF THE NATIONAL SECURITY OF UKRAINE

ABSTRACT. The characteristic feature of the development of Ukrainian criminal legislation is amendments to the legislation with articles providing for special and casuistic components of crimes. This also takes place in the part of regulation of responsibility for taking up the bases of national security of Ukraine, especially the articles, which the Criminal Code of Ukraine is supplemented after the beginning of the full-scale aggression of the Russian Federation against Ukraine. It often leads to a reduction in liability in comparison with the intentions of the legislator, and in practice leads to problems of solving competition between the previously existing provisions of the Criminal Code of Ukraine and the legislative novelties.

The purpose of the article is to determine the theoretical, legislative and law enforcement relation between the existing Criminal Code of Ukraine of 2001 and the general composition of the crimes and legislative innovations during the russian-ukrainian war, which establish special and casuistic components of criminal offenses against the foundations of the national security of Ukraine.

The advantages of using in the law the constructions of the general composition of such offenses have been established. The criteria have been formulated, and it is advisable for the legislatures to allocate special and casuistic components of criminal offenses. The relevant legislative provisions are defined, which of them establish general, and which special and casuistic components of crimes and criminal offenses. On this basis, specific rules of criminal legal qualification, which should be guided by investigators, prosecutors and judges in the relevant law-enforcement situations. The approaches of the Working Group, which is preparing a draft of the new Criminal Code of Ukraine on the construction of articles on crimes against the foundations of the national security of Ukraine, are shown.

It is concluded that the perspective way of development of criminal legislation, in particular, in terms of regulation of encroaching on the foundations of national security of Ukraine, is the emphasis on the general compositions of the crimes.

KEYWORDS: national security fundamentals; composition of the crime; competition; special norm; general norm; casuistic norm.



Оксана Кваша

докторка юридичних наук, професорка,
заслужена юристка України,
вчений секретар Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9832-6070>
ookvasha@gmail.com

УДК 343.32

РОДОВИЙ ОБ'ЄКТ ЗЛОЧИНІВ РОЗДІЛУ І ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ДЕРЖАВА & НАЦІОНАЛЬНА БЕЗПЕКА

*Ми б'ємося за те, чому нема ціни
у всьому світі, – за Батьківщину.
О. Довженко “Україна в огні”*

АНОТАЦІЯ. Розв'язана у 2014 р. Росією проти України так звана гібридна війна, яка 24 лютого 2022 р. переросла у повномасштабну і триває досі, актуалізувала не лише проблему вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства, а й перегляд усталених у юридичній науці понять і підходів. Насамперед ідеться про кримінально-правову охорону основ національної безпеки України.

Метою статті є встановлення родового об'єкта злочинів розділу І “Злочини проти основ національної безпеки України” Особливої частини Кримінального кодексу України (КК України).

Зроблено висновок, що Стратегія національної безпеки України на сучасному етапі повинна реалізовуватися за принципом “безпека держави – безпека людини”, а сама безпека є поняттям, що уособлює всі найважливіші людські цінності – життя, здоров'я, честь, гідність, недоторканність. Констатовано, що загальний об'єкт кримінально-правової охорони втілено у тріаді “державна – суспільство – людина”, якій неповною мірою відповідає сучасна назва розділу І Особливої частини КК України. Із багатьох визначень національної безпеки найбільш вдалим є ті, в основі яких лежить поняття “стан захищеності”. Атрибути української державності є пріоритетними в контексті кримінально-правового захисту, бо їхня вразливість, незахищеність створює загрози для кожної людини зокрема й українського суспільства загалом.

Підтримано пропозиції вчених на законодавчому рівні адекватно оцінити ступінь суспільної небезпеки колабораційної діяльності та внести зміни до санкцій частин 1 та 2 ст. 111¹ КК України в частині включення до них основного покарання у виді позбавлення волі. Не слід применшувати значення держави як об'єкта кримінально-правової охорони, оскільки незахищена держава не здатна захистити

права і свободи своїх громадян, гарантовані Конституцією. Відповідно, запропонована зміна назви розділу І Особливої частини КК України на “Злочини проти держави”, в якому запропоновано передбачити кримінальну відповідальність за створення і діяльність злочинної організації антидержавної спрямованості. Визначення підстав та умов криміналізації такого діяння потребує подальшого наукового обґрунтування й осмислення.

Ключові слова: національна безпека; безпека держави; держава; злочинна організація; терористична організація; об'єкт кримінально-правової охорони; антидержавна спрямованість.

Розв'язана у 2014 р. Росією проти України так звана гібридна війна, яка 24 лютого 2022 р. переросла у повномасштабну і триває досі, актуалізувала не лише проблему вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства, а й перегляд усталених у юридичній науці понять і підходів. Насамперед ідеться про кримінально-правову охорону основ національної безпеки. Так, кількість зареєстрованих кримінальних правопорушень проти національної безпеки України за період січень–жовтень 2022 р. становить 18 748¹.

[З 24 лютого] російсько-терористичні війська неодноразово порушували і продовжують порушувати положення гуманітарного права, скоюють воєнні злочини, а саме вбивства військовополонених і цивільних осіб, зґвалтування жінок та дітей, масове знищення житлових помешкань разом із людьми, знищення медичних, освітніх і культурних закладів та установ, примусове вивезення цивільних громадян на територію супротивника, утворення концентраційних (фільтраційних) таборів, викрадення без суду та катування громадян України².

Верховна Рада України оперативно відреагувала на початок повномасштабного вторгнення й оновила кримінальне законодавство в частині відповідальності за злочини проти основ національної безпеки, воєнні кримінальні правопорушення тощо. Очевидно, що не лише законодавець, а й кожен вітчизняний науковець у галузі кримінальної юстиції постав перед потребою певної ревізії своїх наукових здобутків і перспектив на майбутнє. Попереду надзвичайно кропітка робота як науковців, так і практиків щодо розслідування та притягнення до кримінальної відповідальності винних у вчиненні воєнних і міжнародних злочинів, однак наша увага сьогодні прикута до першого в усіх сенсах розділу Особливої

¹ Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування (Офіс Генерального прокурора України) <<https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravorogushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>> (дата звернення: 11.11.2022).

² Підберезних, ‘Адміністративно-правове забезпечення національної безпеки: порівняльно-правовий аналіз’ (дис д-ра юрид наук, 2022) 355.

частини Кримінального кодексу України (далі – КК України)³ “Злочини проти основ національної безпеки України”.

Головний обов’язок Української держави – це утвердження та забезпечення прав і свобод людини. Цей імператив зазнав фіаско в умовах російсько-української війни. Не вдалося захистити фундаментальні державні цінності, як то конституційний лад, суверенітет, територіальну цілісність і недоторканність, і, як результат – брутальне порушення окупантами прав і свобод громадян України.

Метою дослідження є встановлення родового об’єкта злочинів, розміщених у розділі I Особливої частини КК України “Злочини проти основ національної безпеки України”.

Насамперед слід звернути увагу на те, що цей розділ – єдиний в Особливій частині КК України, назва якого не зазнала змін із набранням чинності Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень”⁴. У назві залишився термін “злочини”, тоді як у назвах інших розділів тепер – “кримінальні правопорушення”. І хоча у новелі, передбаченій у ст. 111¹ “Колабораційна діяльність”, у частинах 1 та 2 встановлено відповідальність за кримінальні проступки, слід ставити питання не про зміну назви аналізованого розділу на “Кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України”, а про адекватну оцінку законодавцем ступеня суспільної небезпечності колабораційної діяльності і необхідність зміни відповідних санкцій цієї статті в частині включення до них основного покарання у виді позбавлення волі. На цьому наголошують й інші вчені, зокрема, З. Загиней-Заболотенко:

<...> у санкціях частин 1 та 2 ст. 111¹ КК України позбавлення права слід передбачити як додаткове обов’язкове покарання, що гарантуватиме високу ймовірність його призначення засудженим за відповідні форми колабораційної діяльності⁵.

Після ухвалення у 2001 р. чинного нині КК України дискутувалося питання про обґрунтованість розташування розділу I “Злочини проти основ національної безпеки” на початку Особливої частини КК України. Загальновідомо, що під час обговорення проекту кодексу пропози-

³ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/gada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 11.11.2022).

⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 20 грудня 2019 р. № 2617-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#Text>> (дата звернення: 14.11.2022).

⁵ З. Загиней-Заболотенко, ‘Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне покарання за окремі форми колабораційної діяльності’ (2022) 5 Юридичний науковий електронний журнал 482.

ції були різні – від акценту на інтересах держави до пріоритету захисту життя та здоров'я особи. Обраний законодавцем варіант фахівці критикували як радянський рудимент, негативна тенденція, що властива авторитарним недемократичним державам. Оскільки найвищою соціальною цінністю в Україні визнаються 'людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека' (ст. 3 Конституції України)⁶, то пріоритетне місце так званих державних злочинів (у редакції Кримінального кодексу Української РСР 1960 року (далі – КК УРСР)) суперечить Конституції України, міжнародним договорам, ратифікованим Україною, інтересам громадянського суспільства тощо.

О. Дудоров і М. Хавронюк, нагадуючи про цитовані нами вище положення Конституції України, акцентують увагу на тому, що утвердження та забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, і за таких обставин норми про злочини проти людини та її прав повинні були б мати першість в Особливій частині КК України⁷. Однак далі вчені все ж аргументують обґрунтованість "першості" злочинів проти основ національної безпеки України тим, що призначення цього розділу є "більш значущим, ніж *просто захист інтересів держави*" (курсив наш. – О. К.). Погоджуючись загалом із позицією вчених, критично оцінюємо певне применшення значення держави як об'єкта кримінально-правової охорони. Головний *інтерес України як соціальної і правової держави* – забезпечення прав людини. Незахищена держава не здатна захистити права і свободи своїх громадян, гарантовані Конституцією України, що сьогодні і відбувається у багатьох українських містах і селах. Так, у Стратегії національної безпеки України основними цілями визнано, зокрема, такі:

*<...> мінімізація загроз державному суверенітету та створення умов для відновлення територіальної цілісності України у межах міжнародно-визнаного державного кордону України, гарантування мирного майбутнього України як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави <...> тощо*⁸ (курсив наш. – О. К.).

Отже, пріоритетною метою стратегії національної безпеки є саме безпека держави.

У Великій українській юридичній енциклопедії наголошено на тому, що розміщення норм про відповідальність за злочини проти основ національної безпеки на початку Особливої частини КК України вказує

⁶ Конституція України: Закон України від 29 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 13.10.2022).

⁷ О. Дудоров, М. Хавронюк, *Кримінальне право: навчальний посібник* (Вайте 2014) 36.

⁸ Стратегія національної безпеки України, затверджена Указом Президента України від 26 травня 2015 р. № 287/2015 <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/287/2015>> (дата звернення: 13.11.2022).

на їх особливу небезпечність для суспільства і держави⁹. Підтримуючи такий підхід, вважаємо за необхідне зробити уточнення – “особливу небезпечність для людини, суспільства і держави”, адже не можна не погодитись із вченими у тому, що кримінальні закони є одними з механізмів забезпечення безпеки людини та держави¹⁰.

Отже, з ухваленням чинного КК України дискусія велась, по суті, у площині пріоритетності об'єктів у тріаді “людина – суспільство – держава”. Поява в КК України нового родового об'єкта, яким є основи національної безпеки, дало змогу значно зменшити гостроту цієї дискусії, тому що цей об'єкт акумулює в собі все найбільш соціально значуще із зазначеної тріади¹¹. З одного боку, слід погодитись із М. Рубашенком у тому, що чинна назва акумулює тріаду “людина – суспільство – держава”, а з другого – ця тріада є об'єктом охорони усього КК України, тобто так званім загальним об'єктом кримінально-правової охорони. Державні ж цінності вважаємо пріоритетними в контексті кримінально-правової охорони, оскільки їхня вразливість і незахищеність обумовлюють загрози і становлять небезпеку для кожної людини зокрема й українського суспільства загалом.

Водночас слід визнати, що ключовим у формулюванні “основи національної безпеки” є термін “безпека”, який у цитованому вище у ст. 3 Конституції України переліку найвищих соціальних цінностей розташований на останньому місці. На нашу думку, безпека є поняттям, що уособлює всі найважливіші людські цінності – життя, здоров'я, честь, гідність, недоторканність... Семантичне значення поняття “безпека” – стан, коли кому-, чому-небудь ніщо не загрожує¹². У сучасному глобалізованому та мілітаризованому світі не можна уявити собі стан людини чи держави, яким нічого не загрожує. Інша річ, що від цих загроз повинен бути створений надійний, ефективний захист. Тому з-поміж багатьох визначень національної безпеки найбільш вдалим вважаємо такі, в основі яких лежить поняття “стан захищеності” – державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших життєво важливих національних інтересів України від реальних і потенційних загроз воєнного характеру¹³. Так, і у Національ-

⁹ Велика українська юридична енциклопедія, т 17: Кримінальне право (Тацій В голова редкол, Борисов В (заст голови) та ін, Нац акад прав наук України, Ін-т держави і права ім В М Корецького НАН України, Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого, Право 2017) 327.

¹⁰ В Туляков, ‘Aquis communitate та кримінально-правові розвідки: шляхи піднесення до ідеалу’ в Українська кримінальна юстиція в умовах війни: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (ЛьвДУВС 2022) 237.

¹¹ М Рубашенко, Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (Право 2016) 22.

¹² Новий тлумачний словник української мови, т 1 (Яременко В, Сліпушко О уклад, АКОНІТ 2008) 83.

¹³ М Туркот, ‘Функціонування воєнної організації України в умовах законодавчих змін’ в Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Право 2018) 448.

ній доповіді Національної академії наук України за 2022 р. національна безпека визначається як ‘стан захищеності ідентичності країни та самого її існування, реалізації її національних інтересів’¹⁴.

Автор докторського дослідження злочинів, передбачених розділом І Особливої частини КК України, Р. Чорний, формулює таке їх поняття:

<...> суспільно небезпечні, винні діяння (дії або бездіяльність), які заподіюють шкоду або створюють загрозу заподіяння такої шкоди безпеці держави в політичній, воєнній, економічній, соціальній, гуманітарній, науко-технологічній, екологічній, інформаційній та інших сферах, вчинені суб'єктом злочину¹⁵.

Відповідно, родовим об'єктом вказаних злочинів визначено охоронювані кримінальним законом суспільні відносини щодо ‘забезпечення безпеки держави у вказаних сферах національної безпеки’ (курсив наш. – О. К.)¹⁶. Автор провів фундаментальне дослідження, однак запропоновані поняття призводять до надто широкого розуміння об'єкта аналізованих злочинів, за якого цей розділ охоплює чи не всі суспільні відносини, які є об'єктом інших розділів Особливої частини КК України. Водночас учений пропонує зміну назви аналізованого розділу на “Злочини проти безпеки держави”. Очевидно, що зміна назви необхідна, але при цьому, на нашу думку, доцільно відмовитися від терміна “безпека”, який повторюється в Особливій частині КК України у назвах багатьох розділів.

Крім того, родовий об'єкт злочинів не може дорівнювати загальному об'єкту кримінально-правової охорони. Хоча аналізована назва містить ще один термін “основи”. Що законодавець вклав у це поняття? “Основа” має розгалужене семантичне значення, однак у контексті нашого дослідження – це ‘те, на чому що-небудь ґрунтується, базується; база, ядро, осердя, серцевина, головна складова частина чого-небудь’¹⁷. На чому ж ґрунтується національна безпека? Очевидно, що це ті головні цінності держави, захищеність яких гарантує безпеку суспільства і кожної людини. Основи національної безпеки – це атрибути української державності (атрибут – ‘суттєва, невід’ємна властивість предмета або явища’¹⁸): суверенітет, недоторканність кордонів, територіальна цілісність тощо. Ці цінності є ядром безпеки будь-якої держави.

¹⁴ Національна стійкість України: стратегія відповіді на виклики та випередження гібридних загроз: національна доповідь (Пирожков С, Майборода О, Хамітов Н, Головаха Є, Дембіцький С, Смолій В, Скрипнюк О, Стоєцький С ред кол, Інститут політичних і етнонаціональних досліджень ім І Ф Кураса НАН України, 2022) 16.

¹⁵ Р Чорний, Злочини проти основ національної безпеки за кримінальним правом України (Хмельницький університет управління та права 2018) 469.

¹⁶ Там само.

¹⁷ Новий тлумачний словник української мови, т 2 (Яременко В, Сліпущко О уклад, АКОНІТ 2008) 491.

¹⁸ Новий тлумачний словник української мови, т 1 (н 12) 47.

Потребує також розгляду питання: “Чи охоплює аналізований розділ усі можливі злочинні посягання на безпеку держави?”. З початку агресії Росії проти нашої держави, очевидно, що ні. Доречно звернутися до норм КК УРСР. В Особливій частині цього Кодексу, так само як і у чинному КК України, відповідальність за “Злочини проти держави” було закріплено у першій главі. Слід звернути увагу на структуру останнього, яка складалася із двох частин “Особливо небезпечні злочини проти держави” та “Інші злочини проти держави”. До першої частини було віднесено, зокрема, такий злочин, як “Терористичний акт”, який розглядався на той час як вбивство або тяжке тілесне ушкодження державного чи громадського діяча або представника влади, вчинене у зв’язку з його державною чи громадською діяльністю, з метою підриву або послаблення радянської влади. У 1989 р. до цієї глави КК була включена також ст. 62¹ “Заклики до вчинення злочинів проти держави”, у якій каралися публічні заклики до зради Батьківщини, вчинення терористичного акту або диверсії (виключена на підставі Закону від 17 червня 1992 р.). Отже, за своєю сутністю терористичні злочини законодавцем було віднесено до особливо небезпечних злочинів проти держави (за чинним КК України – проти основ національної безпеки). Тоді як у чинному КК України терористичні злочини розміщені в розділі “Кримінальні правопорушення проти громадської безпеки”. Цей історичний дискурс важливий, урахувавши складнощі кваліфікації дій учасників терористичних організацій так званих Донецької Народної Республіки (далі – ДНР) і Луганської Народної Республіки (далі – ЛНР). Неодноразово зверталася увага на невідповідність суті терористичних організацій “ДНР” і “ЛНР” кримінально-правовим ознакам таких організацій¹⁹. Водночас частина судів “ЛНР” та “ДНР” все ж таки визнала їх терористичними організаціями, що, знову ж таки, створює правову колізію у зв’язку з відсутністю єдиного підходу до зазначеного питання²⁰. Нова українська правова реальність – це діяльність на території нашої держави терористичних організацій, які мають на меті заподіяння шкоди Українській державі.

Недарма і сучасні дослідники відзначають, що до системи злочинів проти основ національної безпеки України варто відносити і масові заворушення (ст. 294), і терористичний акт (ст. 258 КК України)²¹. Є. Письменський вважає за необхідне враховувати, що в окремих випадках спри-

¹⁹ Див.: О Кваша, ‘Вдосконалення законодавства у сфері протидії організованим формам злочинності: ілюзії та реальність’ (2021) 32 *Правова держава* 394–403; О Кваша, ‘Реалізація особою права на необхідну оборону (в контексті захисту національної безпеки України)’ в *Проблеми підвищення ефективності кримінальної юстиції: колективна монографія* (Шемшученко Ю, Бошицький Ю ред, Ліра-К 2021) 52–110.

²⁰ К Кіневич, ‘Протидія служби безпеки України злочину, передбаченому статтею 258³ КК України’ в *Протидія терористичній діяльності: міжнародний досвід і його актуальність для України: матеріали II Міжнародної наук.-практ. конф.* (Національна академія прокуратури України 2018) 88.

²¹ О Чуваков, *Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики* (Фенікс 2017) 141.

яння діяльності терористичної організації є одним зі способів вчинення діяння, яке визначається як колабораціоністське, становить тим самим посягання на національну безпеку держави, охоплюючи громадську безпеку як її складову²². При такому підході діяльність учасників “ДНР” і “ЛНР” охоплюється нормами розділу I Особливої частини КК України. І. Серкевич у своїй статті із красномовною назвою “Терористичний акт як злочин проти громадської та національної безпеки” зауважує:

<...> саме з урахуванням особливостей здійснюваної ззовні політики державного тероризму, інформаційно-психологічних чинників її забезпечення, регіональної специфіки організації злочинних угруповань необхідно підходити до кримінально-правової характеристики терористичного акту як злочинного посягання не лише на громадську, а й на національну безпеку країни²³.

Окреслена ситуація обумовлена і тим, що терористична організація у вітчизняному законодавстві не має чіткого визначення. Тобто законодавець питання специфіки терористичної організації залишив відкритим. У Законі України “Про боротьбу з тероризмом” терористична організація визначена як

стійке об'єднання *трьох і більше осіб*, яке створене з метою здійснення *терористичної діяльності*, у межах якого здійснено розподіл функцій, встановлено певні правила поведінки, обов'язкові для цих осіб під час підготовки і вчинення терористичних актів²⁴ (курсив наш. – О. К.).

Ключовим для розуміння специфіки терористичної організації є поняття терористичної діяльності. Його чіткого визначення теж немає. А. Вознюк відзначає:

<...> терористичні організації створюються для вчинення діянь, передбачених ч. 1–3 ст. 258 КК, а також інших злочинів терористичної спрямованості, тобто діянь, спрямованих на залякування населення з метою спонукання держави, міжнародної організації, фізичної чи юридичної особи до прийняття чи відмови від прийняття будь-якого рішення. Причому злочини терористичного спрямування відрізняються від інших спорід-

²² Є Письменський, *Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в Україні (кримінально-правові аспекти): науковий нарис* (Северодонецьк 2020) 104.

²³ І Серкевич, ‘Терористичний акт як злочин проти громадської та національної безпеки’ в *Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини: тези доп. та повід. учасників наук.-практ. конф.* (АртЕк 2016) 162–5.

²⁴ Про боротьбу з тероризмом: Закон України від 20 березня 2003 р. № 638-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text>> (дата звернення: 11.11.2022).

нених злочинів саме фактором цілеспрямованого залякування населення як засобу досягнення поставленої мети²⁵ (курсив наш. – О. К.)

Водночас питання мети утворень на кшталт “ДНР” та “ЛНР”, яка і визначає специфіку та вид злочинної організації, залишається відкритим.

У цьому контексті доречно згадати Закон про кримінальне право Ізраїлю (все частіше проводяться паралелі між ситуацією у цій державі та українськими реаліями), де поняття терористичної організації визначено в ст. 91 як ‘організація, мета й діяльність якої спрямовані на повалення держави або на заподіяння шкоди її безпеці чи безпеці її жителів або євреїв в інших державах’²⁶. Сутність такого розуміння терористичної організації є прийнятною і щодо діяльності так званих “ДНР” і “ЛНР”.

Після початку повномасштабного вторгнення в Україну російського агресора у Законі України “Про боротьбу з тероризмом” поняття терористичної діяльності як ‘діяльності, яка охоплює: планування, організацію, підготовку та реалізацію терористичних актів, підбурювання до вчинення терористичних актів’ доповнено словосполученням ‘пропаганду російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України’²⁷. У цьому контексті доречно згадати, що Росію державою-терористом визнала Верховна Рада України, а серед міжнародних інституцій першою – Парламентська Асамблея Ради Європи. Це відбувається на тлі продовження систематичних терористичних атак із боку Росії на об’єкти критичної інфраструктури українських міст.

В. Навроцький справедливо зазначає:

Злочини, вчинювані в ході планування, підготовки та розв’язування агресивної війни проти України (починаючи, принаймні, з лютого 2014 р.) та ведення агресивної війни, а також участі у такій війні на стороні держави-агресора, становлять собою злочини, вчинені злочинною організацією в розумінні в ч. 4 ст. 28 КК України²⁸.

Очевидно, йдеться про діяльність злочинної організації, яка має на меті знищення української держави й української нації.

Прагнучи удосконалити розділ I Особливої частини КК України, вчені згадують саме про антидержавну спрямованість вчинених злочинів:

²⁵ А Вознюк, ‘Теоретичні та практичні проблеми кримінальної відповідальності за створення злочинних об’єднань та участь у них як посягання на громадську безпеку’ (дис д-ра юрид наук, 2018) 560.

²⁶ Закон об уголовном праве Израиля. Постатейный перевод с иврита на русский язык (Дорфман М пер и предисл, Юрид центр Пресс 2010).

²⁷ Про боротьбу з тероризмом (н 24).

²⁸ В Навроцький, ‘Конструкція кримінальної відповідальності рф, її очільників та їх клеветів за напад на Україну’ в Українська кримінальна юстиція в умовах війни: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (ЛьвДУВС 2022) 200–1, 203.

<...> дозволять підсилити міри кримінальної репресії щодо розглянутих у цьому разі антидержавних посягань, а відповідно, переорієнтувати методологічні принципи існуючої кримінальної політики нашої держави в частині жорсткості мір кримінальної репресії з метою локалізації таких антидержавних злочинних проявів у сучасних умовах²⁹.

З огляду на викладене, є сенс розпочати наукове обговорення доцільності законодавчого формулювання в аналізованому розділі КК України такого діяння, як створення та діяльність злочинної організації антидержавної спрямованості.

На нашу думку, з ухваленням у 2001 р. чинного КК України відбулася підміна понять “держава” і “національна безпека”. Для чіткого розмежування понять національної і державної безпеки в контексті визначення родового об'єкта аналізованого розділу пропонуємо відмовитися від терміна “безпека”. Поділяємо позицію вітчизняних учених, що ‘поняття “безпека” фактично набуло значення філософської категорії, оскільки воно охоплює всі належні аспекти життєдіяльності особи, суспільства і держави, а також безпосередньо відіграє в ній визначальну роль’³⁰. Зважаючи на викладені вище аргументи, пропонуємо змінити назву аналізованого розділу на “Злочини проти держави”. Після 24 лютого ще більш очевидним є те, що у Стратегії національної безпеки України, яка затверджена Указом Президента України від 14 вересня 2020 р. № 392/2020 під назвою “Безпека людини – безпека країни”³¹, пріоритетність має бути іншою – “Безпека країни – безпека людини”.

Висновки. Стратегія національної безпеки України на сучасному етапі повинна реалізовуватися за принципом “безпека держави – безпека людини”. Не слід применшувати значення держави як об'єкта кримінально-правової охорони, оскільки незахищена держава не здатна захистити права і свободи своїх громадян, гарантовані Конституцією України. Обґрунтована доцільність зміни назви розділу І Особливої частини КК України на “Злочини проти держави”, у якому доцільно передбачити кримінальну відповідальність за створення і діяльність злочинної організації антидержавної спрямованості, що потребує подальшого наукового обґрунтування.

²⁹ О Чуваков, ‘До питання про вдосконалення кримінально-правового захисту основ національної безпеки України’ в *Кримінальне право в умовах глобалізації суспільних процесів: традиції та новачі: матеріали міжнар. наук.-практ. круглого столу* (Право 2020) 412.

³⁰ М Криштанович, Я Пушак, М Флейчук, В Франчук, *Державна політика забезпечення національної безпеки України: основні напрямки та особливості здійснення* (Сполум 2020) 15.

³¹ Стратегія національної безпеки України: Указ Президента України від 14 вересня 2020 р. № 392/2020 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392/2020#n5>> (дата звернення: 11.11.2022).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Chornyi R, *Zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky za kryminalnym pravom Ukrainy* (Khmeln universytet upravlinnia ta prava 2018) (in Ukrainian).
2. Chuvakov O, *Zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy: problemy kryminalno-pravovoi teorii i praktyky* (Feniks 2017) (in Ukrainian).
3. Dudorov O, Khavroniuk M, *Kryminalne pravo: Navchalnyi posibnyk* (Vaite 2014) (in Ukrainian).
4. Kryshtanovych M, Pushak Ya, Fleichuk M, Franchuk V, *Derzhavna polityka zabezpechennia natsionalnoi bezpeky Ukrainy: osnovni napriamky ta osoblyvosti zdiisnennia* (Spolom 2020) (in Ukrainian).
5. Pysmenskyi Ye, *Kolaboratsionizm yak suspilno-politychne yavyshe v Ukraini (kryminalno-pravovi aspekty): nauk. narys* (Sievierodonetsk 2020) (in Ukrainian).
6. Rubashchenko M, *Kryminalna vidpovidalnist za posiahannia na terytorialnu tsilisnist i nedotorkannist Ukrainy* (Pravo 2016) (in Ukrainian).

Edited and translated books

7. Kvasha O, 'Realizatsiia osoboiu prava na neobkhidnu oboronu (v konteksti zakhystu natsionalnoi bezpeky Ukrainy)' v *Problemy pidvyshchennia efektyvnosti kryminalnoi yustytzii: kolektyvna monohrafiia* (Shemshuchenko Iu, Boshytskyi Yu red, Lira-K 2021) (in Ukrainian).
8. *Natsionalna stiikist Ukrainy: stratehiia vidpovidi na vyklyky ta vyperedzhennia hibrydnykh zahroz: natsionalna dopovid* (PyrozHKov S, Maiboroda O, Khamitov N, Holovakha Ye, Dembitskyi S, Smolii V, Skrypniuk O, Stoietskyi S red kol, Instytut politychnykh i etnonatsionalnykh doslidzhen im I F Kurasa NAN Ukrainy, 2022) (in Ukrainian).
9. *Zakon ob ugovolnom prave Izrailja. Postatejnyj perevod s ivrita na russkij jazyk* (Dorfman M per i predisl, Jurid centr Press 2010) (in Russian).

Dictionaries and encyclopaedias

10. *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 17: Kryminalne pravo* (Tatsii V holova redkol, Borysov V zast Holovy ta inshi, Nats akad prav nauk Ukrainy, In-t derzhavy i prava im V M Koretskoho NAN Ukrainy, Nats yuryd un-t im Yaroslava Mudroho, Pravo 2017) (in Ukrainian).
11. *Novyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy, t 1* (Yaremenko V, Slipushko O ukklad, AKONIT 2008) (in Ukrainian).
12. *Novyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy, t 2* (Yaremenko V, Slipushko O ukklad, AKONIT 2008) (in Ukrainian).

Journal articles

13. Zahynei-Zabolotenko Z, 'Pozbavlennia prava obiimaty pevni posady abo zaimatysia pevnoiu diialnistiu yak osnovne pokarannia za okremi formy kolaboratsiinoi diialnosti' (2022) 5 Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal 482 (in Ukrainian).
14. Kvasha O, 'Vdoskonalennia zakonodavstva u sferi protydii orhanizovanyh formam zlochynnosti: iliuzii ta realnist' (2021) 32 Pravova derzhava 394–403 (in Ukrainian).

Theses

15. Vozniuk A, 'Teoretychni ta praktychni problemy kryminalnoi vidpovidalnosti za stvorennia zlochynnykh ob'iednan ta uchast u nykh yak posiahannia na hromadsku bezpeku' (dys d-ra yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).
16. Pidberezhnykh I, 'Administratyvno-pravove zabezpechennia natsionalnoi bezpeky: porivnialno-pravovyi analiz' (dys d-ra yuryd nauk, 2022) (in Ukrainian).

Conference papers

17. Chuvakov O, 'Do pytannia pro vdoskonalennia kryminalno-pravovoho zakhystu osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy' v *Kryminalne pravo v umovakh hlobalizatsii suspilnykh protsesiv: tradytsii ta novatsii: materialy mizhnar. nauk.-prakt. kruhloho stolu* (Pravo 2020) 412 (in Ukrainian).
18. Kinevych K, 'Protydiia sluzhby bezpeky Ukrainy zlochynu, peredbachenomiu statteiu 258³ KK Ukrainy' v *Protydiia terorystychnii diialnosti: mizhnarodnyi dosvid i yoho aktualnist dlia Ukrainy: materialy II Mizhnarodnoi nauk.-prakt. konf.* (Natsionalna akademiia prokuratury Ukrainy 2018) 88 (in Ukrainian).
19. Navrotskyi V, 'Konstruktsiia kryminalnoi vidpovidalnosti rf, yii ochilnykiv ta yikh klevretiv za napad na Ukrainu' v *Ukrainska kryminalna yustytisia v umovakh viiny: materialy VIII (XXI) Lvivskoho forumu kryminalnoi yustytisii* (LvDUVS 2022) 200–1, 203 (in Ukrainian).
20. Serkevych I, 'Terorystychnyi akt yak zlochyn proty hromadskoi ta natsionalnoi bezpeky' v *Teoriia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii yak fenomen ukrainskoi kryminalno-pravovoi doktryny: tezy dop. ta povid. uchastykiv nauk.-prakt. konf.* (ArtEk 2016) 162–5 (in Ukrainian).
21. Tuliakov V, 'Aquis communautaire ta kryminalno-pravovi rozvidky: shliakhy pidnesennia do idealu' v *Ukrainska kryminalna yustytisia v umovakh viiny: materialy VIII (XXI) Lvivskoho forumu kryminalnoi yustytisii* (LvDUVS 2022) 237 (in Ukrainian).
22. Turkot M, 'Funktsionuvannia voiennoi orhanizatsii Ukrainy v umovakh zakonodavchyykh zmin' v *Kryminalno-pravove rehuliuвання ta zabezpechennia yoho efektyvnosti: materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf.* (Pravo 2018) 448 (in Ukrainian).

Oksana Kvasha

GENERIC CRIME OBJECT OF THE FIRST CHAPTER
OF THE SPECIAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE:
STATE & NATIONAL SECURITY

Abstract. The so-called hybrid war launched by Russia against Ukraine in 2014, which turned into a full-scale war on February 24, 2022, and continues to this day, actualized not only the problem of improving domestic criminal legislation but also the revision of established concepts and approaches in legal science. First of all, it is about the criminal law protection of the foundations of Ukraine's national security.

The purpose of this article is to establish the generic crime object of the first chapter "Crimes against the basic foundations of national security of Ukraine" of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine.

It was concluded that the National Security Strategy of Ukraine at the current stage should be implemented according to the principle "state security – human security", and security itself is a concept that represents all the most important human values – life, health, honor, dignity, inviolability. It has been established that the general object of

Оксана Кваша

criminal law protection is embodied in the triad “state – society – person”, which is not fully matched by the modern name of the first chapter of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine. Among the many definitions of national security, the most successful are those based on the concept of “the state of security”. Attributes of Ukrainian statehood are a priority in the context of criminal law protection because their vulnerability and insecurity create threats for each person and Ukrainian society in general.

There were supported proposals of scientists at the legislative level to adequately assess the degree of social danger of collaborative activity and to amend the sanctions of parts 1 and 2 of Section 111¹ of the Criminal Code in terms of including the main punishment in the form of imprisonment. The importance of the state as an object of criminal law protection should not be underestimated, since an unprotected state is unable to protect the rights and freedoms of its citizens guaranteed by the Constitution. Therefore, it is proposed to change the title of Chapter I of the Special Part of the Criminal Code to “Crimes against the State”, which proposes to provide for criminal liability for the creation and operation of a criminal organization of anti-state orientation. Determining the grounds and conditions for the criminalization of such an act requires further scientific justification and consideration.

KEYWORDS: national security; state security; state; criminal organization; terrorist organization; object of criminal law protection; anti-state orientation.

II. Співвідношення злочинів проти основ національної безпеки між собою і з суміжними посяганнями

DOI: 10.33498/Юшч-2022-11-037



Наталія Антонюк

кандидатка юридичних наук, доцентка,
суддя Верховного Суду, секретар Першої судової палати
Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7582-2071>
antoniuknataliasupremecourt@gmail.com

УДК 343.32

ЗМІНИ ДО ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ: КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ЧИ ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

АНОТАЦІЯ. Воєнна агресія Російської Федерації проти України спонукала законодавця до внесення численних змін до кримінального закону в частині кримінально-правової регламентації злочинів проти основ національної безпеки України. Як наслідок, виникнула велика низка питань щодо змісту ознак складів злочинів з розділу I Особливої частини кримінального закону та розмежування означених складів як між собою, так і з суміжними посяганнями. Водночас виникли запитання щодо оцінки законодавчих змін через призму криміналізації або ж диференціації кримінальної відповідальності.

Метою статті є визначення співвідношення між злочинами проти основ національної безпеки, передусім йдеться про співвідношення колабораційної діяльності із державною зрадою та пособництвом державі-агресору.

Констатовано той факт, що доповнення кримінального закону окремою статтею, яка передбачає кримінальну відповідальність за колабораційну діяльність, є в одних випадках криміналізацією діянь, які раніше не були кримінально караніми. Проте в іншій частині випадків йдеться все ж про диференціацію кримінальної відповідальності. Зроблено висновки щодо співвідношення статей 111, 111¹, 111² Кримінального кодексу України між собою та вказано, в яких випадках означені склади злочинів можуть інкримінуватися у сукупності.

Наголошено на тому, що своєчасність внесення змін до кримінального закону повинна оцінюватися з урахуванням того, наскільки активно відповідні норми застосовуються у відповідний період на практиці. У тому разі, якщо нагальної потреби у внесенні змін до кримінального закону немає, відповідні положення кримінального закону здатні загалом охопити коло діянь, які є суспільно небезпечними, то внесення змін до кримінального закону шляхом диференціації кримінальної відповідальності варто відкласти.

Ключові слова: колабораційна діяльність; державна зрада; національна безпека; злочин.

© Наталія Антонюк, 2022

Законодавчі зміни до кримінального закону завжди у центрі уваги правників. Однак проблематика змін у розділ I Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України)¹, тобто зміни і доповнення до злочинів проти основ національної безпеки під час воєнної агресії Російської Федерації (далі – РФ) проти України – провідна тема як для правозастосувачів, так і для вчених.

Така увага зумовлена передусім тим, що одразу після внесення змін до кримінального закону в частині злочинів проти основ національної безпеки правоохоронним органам необхідно правильно застосувати ту чи іншу статтю КК України. Адже, на жаль, закономірним явищем є те, що зрадницька, колабораційна діяльність деяких громадян України, які роками співпрацювали з ворогом, стала основою для організації і вторгнення в Україну збройних сил РФ. Саме розрахунок на засланих шпигунів або ж на внутрішніх зрадників допомагає ворогу реалізувати свої плани щодо спроби захоплення та знищення України як суверенної незалежної держави.

Вочевидь завданням України є розроблення такої стратегії для відсічі ворогу, яка б дала змогу виявити зрадників та інших осіб, які вчиняють діяння, спрямовані на підриг національної безпеки України. І далеко не останню роль у стримуванні, зупиненні і покаранні таких осіб відіграє кримінальний закон.

Проте законодавець повинен формулювати кримінальний закон настільки чітко, аби унеможливити, або ж хоча б мінімізувати, ризики появи колізій. Нові або змінені положення повинні “вливатися” до існуючого переліку кримінально-правових заборон і утворювати з ними систему взаємопов’язаних норм.

Зміни, які були внесені законодавцем до злочинів проти основ національної безпеки України, достатньо критично були сприйняті як науковцями, так і практиками. Звучали аргументи про те, що не зрозумілим є співвідношення між новими статтями, та тими, які існували раніше; про несвоєчасне проведення диференціації кримінальної відповідальності за досліджувані злочини; про фактичне пом’якшення кримінальної відповідальності за посягання на національну безпеку України під час війни тощо.

Метою дослідження є окреслення змін до розділу “Злочини проти основ національної безпеки України” та аналіз співвідношення системи цих норм як між собою, так і з суміжними складами кримінальних правопорушень. У результаті такого дослідження планується запропонувати модель співвідношення між тими складами злочинів проти основ національної безпеки, які викликають найбільше дискусій серед правників.

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 06.11.2022).

Також доцільно на підставі аналізу змін до розділу I Особливої частини кримінального закону зробити висновки про те, чи означені зміни були диференціацією кримінальної відповідальності і наскільки остання була виправданою.

Проблематиці злочинів проти основ національної безпеки України приділила увагу низка вітчизняних учених, зокрема: О. Марін, Р. Мовчан, Є. Письменський, М. Рубашенко, М. Хавронюк. Кожен із дослідників пропонував своє бачення щодо ознак конкретних складів злочинів проти основ національної безпеки, співвідношення між ними або аналізував недоліки законодавчого формулювання відповідних статей кримінального закону.

Проте зараз ключовим для правозастосувача і для держави загалом є не так критика законодавця, як напрацювання максимально чітких критеріїв для розмежування складів злочинів проти основ національної безпеки із суміжними складами кримінально каранних діянь і між собою, визначення системи взаємодії цих кримінальних заборон у межах кримінального закону загалом. Критично важливо кваліфікувати вчинене правильно якнайскоріше, оптимально – з моменту виявлення вчиненого суспільно небезпечного діяння, внесення інформації про це до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР). Саме на стадії досудового розслідування закладаються основи для констатації того, чи дійсно особа вчинила кримінально каране діяння, яке це діяння, встановлюються і доводяться обов'язкові ознаки складу того чи іншого злочину. Якщо слідчий, прокурор не будуть правильно розуміти ознак інкримінованого складу злочину, співвідношення між окремими самостійними складами злочинів, – то це може призвести до двох діаметрально протилежних, однак однаково негативних наслідків: спроби притягнення до відповідальності того, хто не вчинив кримінально караного діяння, або ж непритягнення до кримінальної відповідальності того, хто дійсно вчинив посягання на національну безпеку України.

Війна РФ проти України розпочалася ще у 2014 р. Проте перехід до широкомасштабної агресії на Україну дає змогу виокремлювати станом на сьогодні два етапи як самого вторгнення росіян, так і реакції вітчизняного законодавця на такі дії ворога. Навіть зміни до кримінального закону щодо злочинів проти основ національної безпеки віддзеркалюють реакцію держави на збройну агресію ворога.

Так, із 2014 р. до лютого 2022 р. (протягом восьми років) до розділу I Особливої частини КК України було внесено зміни та/або доповнення до всіх існуючих на той момент статей кримінального закону.

З березня 2022 р. і до листопада цього ж року (протягом дев'яти місяців) такі зміни вносилися неодноразово. Першими були зміни, внесені Законом України “Про внесення змін до Кримінального кодексу України

щодо посилення відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України в умовах дії режиму воєнного стану”² та Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність”³. При цьому всі зміни, які вносилися після початку широкомасштабного наступу, більш важливі, змістовні, оскільки торкнулися системного співвідношення між всіма статтями цього розділу.

Вважаємо за доцільне внесення будь-яких змін до кримінального закону у той період, коли відповідний розділ кодексу “на піку застосування” лише у тих випадках, коли такі зміни є критичними, якщо без них кримінальний закон не реагує або ж неадекватно реагує на ті загрози, які посягають на охоронювані ним цінності. Проте, якщо такої критичної необхідності немає, то такі зміни можуть лише розбалансувати існуючу модель розуміння правниками (як вченими, так і правозастосувачами) того кола норм і співвідношення між ними, які вже в цей момент мають бути реалізовані на практиці і щодо яких існували певні усталені як законодавчі, так і правозастосовні підходи.

Саме так трапилося із появою у кримінальному законі окремої статті, яка передбачає кримінальну відповідальність за колабораціонізм. Дискусія про необхідність доповнення кримінального закону такою окремою нормою велася ще з 2014 р. Протягом восьми років науковці аналізували різні варіанти викладу статті про колабораціонізм⁴, Верховна Рада України опрацьовувала різні проєкти законів із цього приводу. Однак зміни були прийняті мегашвидко після початку другого етапу війни – широкомасштабного нападу РФ на Україну.

Спроби науковців встановити, чи ст. 111¹ КК України є проявом диференціації кримінальної відповідальності, чи вона є спеціальною до ст. 111 КК України (“Державна зрада”) не можна назвати успішними. І причиною є те, що законодавець настільки детально визначив ознаки складів колабораціонізму у семи частинах ст. 111¹ КК України, що частина із них дійсно конкурують із державною зрадою як загальна і спеціальна норми, частина – є окремими складами злочинів і потребують кваліфікації за

² 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 3 березня 2022 р. № 2113-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2113-20#Text>> (дата звернення: 06.11.2022).

³ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2108-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text>> (дата звернення: 06.11.2022).

⁴ М Рубашенко, ‘Кримінальна відповідальність за колабораціонізм за чинним КК України’ в *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування: матеріали міжнар. наук.-практ. конф.* (Тацій В голов ред, Борисов В заст голов ред, Право 2016) 329–30; Є Письменський, ‘Колабораціонізм у сучасній Україні як кримінально-правова проблема’ (2020) 12 *Право України* 116–28.

сукупністю, ще частина конкурує з іншими статтями кримінального закону, як от ст. 111² чи ст. 436² КК України.

Якщо вести мову про те, чи мала місце під час появи ст. 111¹ КК України необхідність проведення диференціації кримінальної відповідальності (йдеться лише про ті склади колабораціонізму, які унеможливають ідеальну сукупність із державною зрадою, оскільки є спеціальними нормами до ст. 111 КК України), то можна констатувати таке.

Перш ніж диференціювати кримінальну відповідальність, необхідно констатувати наявність критеріїв для цього. Такими критеріями є зміна суспільної небезпечності вчиненого або врахування характеристик особи, яка вчинила відповідне діяння.

Той факт, що колабораціонізм є суспільно небезпечним – сумнівів не викликає. Проте виникає запитання, чи фактично відбулося посилення чи пом'якшення кримінальної відповідальності колаборантів після появи ст. 111¹ КК України. Науковці звертали увагу на те, що після появи ст. 111¹ КК України частина діянь, які раніше кваліфікувались як державна зрада, стали оцінюватись як колабораційна діяльність. Причому йдеться про діяння із високим рівнем суспільної небезпечності. Для прикладу, ч. 5 ст. 111¹ КК України встановлює відповідальність за організацію та проведення виборів на тимчасово окупованих територіях. Таке діяння раніше становило собою державну зраду у формі проведення підривної діяльності проти України. Якщо порівняти санкції ч. 2 ст. 111 КК України та ч. 5 ст. 111¹ КК України (у першому випадку – позбавлення волі на строк 15 років або довічне позбавлення волі, а у другому – позбавлення волі на строк від 5 до 10 років), то доведеться констатувати про пом'якшення кримінальної відповідальності за вчинені діяння. Навряд чи така диференціація кримінальної відповідальності та ще й у період війни доцільна.

Якщо ж законодавець прагнув охопити прогалини і визнати кримінально караними діяння колаборантів, які раніше не вважались кримінально караними (тобто криміналізувати певні діяння), то йому це вдалося лише частково. Для прикладу, не раз у засобах масової інформації оприлюднювалася інформація про пропаганду на користь “руського міра” у закладах освіти. Так, зокрема, скандал із викладачкою Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова, яка називала Україну американською колонією, а те, що відбувається в Україні, фашизмом, привернув увагу суспільства, однак лише після значної кількості публікацій у масмедіа щодо недопустимості такої діяльності викладачки вишу завершився звільненням останньої⁵.

⁵ Вікторія Хожанова, ‘НПУ Драгоманова звільнив викладачку Більченко, яка називала “фашизмом” мовний закон’ (*Suspilne*, 21.07.2021) <<https://suspilne.media/149311-npu-dragomanova-zvilniv-vikladacku-bilchenko-za-antiukrainsku-roziciu>> (дата звернення: 06.11.2022); ‘В університеті Драгоманова у Києві відреагували на слова викладачки про Україну як “американську колонію”’ (*Radiosvoboda*, 26.01.2021)

Тож такі дії зазвичай не тягнули ніякої реакції, а тим паче кримінальної відповідальності. Щонайбільше навчальний заклад припиняв трудові відносини з таким учителем або викладачем.

Однак відповідно до положень кримінального закону такі дії вчителя-пропагандиста тягнуть кримінальну відповідальність за ч. 3 ст. 111¹ КК України. Проте справедливо відзначають ті вчені, які констатують можливість кваліфікації відповідних дій учителя у разі відсутності ст. 111¹ КК України як державної зради у формі проведення підривної діяльності проти України. Тож фактично про криміналізацію йтися не може. Адже відповідні діяння й раніше за наявності всіх ознак складу злочину могли кваліфікуватись як державна зрада. Інше питання – що ці діяння сприймалися як норма і не каралися взагалі.

Тому про реальну криміналізацію колабораціонізму може йтися лише у деяких випадках. Значну кількість діянь, які містяться в інших частинах цієї статті, не можна вважати такими, що криміналізовані після появи статті про колабораціонізм у кримінальному законі.

Складається враження, що було б доцільно констатувати, що колабораційні дії можуть вчинятися лише на окупованих територіях. Ця ознака була б розмежувальною між колабораціонізмом і державною зрадою. Однак законодавець пішов іншим шляхом, а тому слід чітко з'ясувати, в яких випадках статті 111 і 111¹ КК України можуть інкримінуватися в сукупності, а коли вчинене слід кваліфікувати лише за однією із них.

За умови існування у кримінальному законі двох статей, одна з яких передбачає кримінальну відповідальність за державну зраду, а інша – за колабораціонізм, можна констатувати такі випадки співвідношення цих статей між собою:

1. Державна зрада і колабораційна діяльність є самостійними складами злочинів, які не накладаються і можуть бути інкриміновані особі за ідеальною сукупністю:

– у разі добровільного зайняття громадянином України посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території та вчинення на відповідній посаді дій, які становлять одну з форм державної зради (наприклад, проведення підривної діяльності проти України) – сукупність відповідної частини ст. 111 та ч. 2 ст. 111¹ КК України;

– добровільне зайняття громадянином України посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади та здійснення діяльності на шкоду Україні – сукупність відповідної частини ст. 111 та ч. 5 ст. 111¹ КК України;

– добровільне зайняття громадянином України посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, і подальше здійснення на цих посадах дій, які містять ознаки державної зради – сукупність відповідної частини ст. 111 та ч. 7 ст. 111¹ КК України;

– добровільна участь громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора (тобто “вступ” у склад таких злочинних організацій) і подальше здійснення в їх складі діяльності, яка містить ознаки державної зради – сукупність відповідної частини ст. 111 та ч. 7 ст. 111¹ КК України.

2. Колабораційна діяльність у нижче перелічених формах є спеціальною нормою (привілейованою) до державної зради:

– здійснення громадянином України пропаганди у закладах освіти незалежно від типів та форм власності (ч. 3 ст. 111¹ КК України);

– дії громадян України, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти (ч. 3 ст. 111¹ КК України);

– передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора, та/або провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, у тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора (ч. 4 ст. 111¹ КК України);

– участь в організації та проведенні незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території або публічні заклики до проведення таких незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово окупованій території (ч. 5 ст. 111¹ КК України);

– організація та проведення заходів політичного характеру, здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою-агресором та/або його окупаційною адміністрацією (ч. 6 ст. 111¹ КК України);

– активна участь у таких заходах (ч. 6 ст. 111¹ КК України).

Більш детально на обґрунтуванні кваліфікації вчиненого як колабораціонізму, державної зради або ж за сукупністю обох означених статей йшлося у дослідженні, яке було проведено нами раніше⁶.

Проте питання системного “включення” статті про колабораційну діяльність до тексту кримінального закону не вичерпується лише співвідношенням із статтею про державну зраду. Так, необхідно з’ясувати, як одна із форм колабораціонізму співвідноситься зі ст. 111² КК України “Пособництво державі-агресору”.

⁶ Н. Антонюк, “Державна зрада і колабораційна діяльність: питання кримінально-правової кваліфікації” [2021] 4 (37) Слово національної школи суддів України 56–68.

Зі змісту ст. 111² КК України можна визначити, що її *об'єктивна сторона* проявляється у двох формах:

1. Реалізація чи підтримка рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора;

2. Добровільний збір, підготовка та/або передача матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора, її збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора.

Суб'єкт – громадянин України, іноземець чи особа без громадянства, за винятком громадян держави-агресора.

Суб'єктивна сторона характеризується умисною формою вини, при цьому йдеться саме про прямий умисел, оскільки законодавець визначає у диспозиції статті мету вчинення відповідних дій – завдання шкоди Україні.

Щодо першої форми пособництва державі-агресору, то можна зробити висновок, що йдеться про ті прояви підтримки чи реалізації рішень/дій окупантів, які не охоплюються іншими статтями кримінального закону. Адже, якщо йдеться про реалізацію рішення окупаційної влади щодо організації незаконного референдуму, то таке діяння чітко передбачене як форма колабораціонізму у ч. 5 ст. 111¹ КК України. Якщо, для прикладу, йдеться про виготовлення, поширення матеріалів, у яких міститься виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, то такі діяння охоплюються ч. 2 ст. 436² КК України.

Чи можуть цією формою охоплюватися, наприклад, участь шляхом голосування у незаконному референдумі на тимчасово окупованій території України. Вважаємо, що ні. Адже не може мати місце така ситуація, коли більш суспільно небезпечні діяння щодо організації незаконного референдуму кваліфікуються за ч. 5 ст. 111¹ КК України і караються позбавленням волі на строк від 5 до 10 років, а участь у такому референдумі гіпотетично каралася б позбавленням волі на строк від 10 до 12 років, якщо визнати можливою кваліфікацію відповідних дій за ст. 111² КК України.

Проте на практиці можлива підтримка рішень чи дій держави-агресора в частині, для прикладу, захоплення чи встановлення контролю над стратегічно важливими об'єктами промисловості, над юридичними особами, які є великими платниками податків, допомога в переході на вороже телебачення, радіомовлення, мобільний зв'язок, глушіння українських медіа і зв'язку тощо. Такі дії не охоплюються ст. 111¹ КК України. Також у цих прикладах не йдеться про передачу матеріальних ресурсів, про які визначено у ч. 4 ст. 111¹ КК України або ж у цій же ст. 111² КК України.

Вказані дії могли б кваліфікуватись як державна зрада у формі проведення підривної діяльності проти України. Проте з появою ст. 111² КК України відбулося фактичне пом'якшення кримінальної відповідальності.

Складним є розмежування такої форми колабораціонізму, як передача матеріальних ресурсів агресору і його поплічникам (ч. 4 ст. 111¹ КК України), та пособництва державі-агресору у формі добровільного збору, підготовки та/або передачі матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора, її збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора (ст. 111² КК України). Проте все ж видається, що вони не є тотожними і мають розмежувальні ознаки.

Передусім звернемо увагу, що в обох випадках (і в ч. 4 ст. 111¹, і в ст. 111² КК України) йдеться про добровільні дії. При цьому у ч. 4 ст. 111¹ КК України особа передає те майно, яким вона може розпоряджатися, тобто має відповідні повноваження щодо майна. Так, фізична особа та фізична особа – підприємець може розпоряджатися належним їй майном, юридична особа приватного права – теж належним їй майном (при цьому йдеться про розпорядження або своєю часткою, або ж усім майном за волевиявленням усіх співвласників).

Проте про розпорядження майном державного чи комунального підприємства на розсуд керівника, будь-кого з працівників, сторожа на складі йтися не може, адже ці особи не уповноважені на вчинення відповідних дій власником (державною чи територіальною громадою). Той самий підхід і до часток держави чи громади у майні відповідних юридичних осіб.

Не можуть оцінюватися такі дії й за ст. 111² КК України. Адже як пособництво державі-агресору слід розглядати широкий комплекс взаємопов'язаних дій щодо добровільного збору, підготовки та/або передачі матеріальних ресурсів. Звісно, що відповідні альтернативні дії можуть вчинюватися паралельно або послідовно певним колом осіб. Проте ключовим, що відрізняє їх від колабораціонізму, є факт акумуляції чужих матеріальних ресурсів. Адже такі дії фактично є активною допомогою ворогу в частині підшукування, збирання, зберігання, передавання, перевезення тощо зібраних матеріальних ресурсів.

До слова, варто звернути увагу на те, що сам збір майна є добровільним. Тобто той хто збирає, а потім готує і передає таке майно діє за власною волею, як “ворожий волонтер”. Проте не можна виключати випадків, коли такий “ворожий волонтер” примушує когось із громадян віддати своє майно на користь держави-агресора чи окупаційної влади. Дії громадянина, який під примусом віддав своє майно, вочевидь не будуть кримінально караними. Однак дії того, хто примусом чи силою відібрав таке майно, займаючись збором матеріальних ресурсів для во-

рога, кваліфікуватимуться не лише за ст. 111² КК України, а й за статтями, що передбачають посягання на власність тощо.

Дії ж осіб, які розпоряджалися державним або комунальним майном, маючи до нього певний доступ або стосунок у минулому, залежно від конкретних обставин вчиненого, можуть кваліфікуватись як державна зрада або ж як пособництво державі-агресору, проте скоріш у формі підтримки рішень і дій держави-агресора.

Таким чином, все ж варто констатувати, що ч. 4 ст. 111¹ та ст. 111² КК України є окремими суміжними складами злочинів. Їх розмежувальними ознаками є як об'єктивна сторона (передача в колабораціонізмі і комплекс дій щодо збору/підготовки/передачі у пособництві державі-агресору) та ставлення суб'єкта до майна (у першому діянні – передає майно, яким може розпоряджатися, а в другому – акумулює чуже майно). Інші ознаки є відмінними для обох аналізованих складів злочинів і не допомагають у їх розмежуванні.

Остання форма колабораціонізму, яку слід розмежувати з іншими кримінально караними діяннями, це ч. 1 ст. 111¹ КК України, у якій йдеться про публічне заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України або публічні заклики громадянином України до підтримки рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора, до співпраці з державою-агресором, збройними формуваннями та/або окупаційною адміністрацією держави-агресора, до невизнання поширення державного суверенітету України на тимчасово окуповані території України.

Річ у тому, що законодавець фактично створив ще одну статтю, яка охоплює вчинене діяння – ст. 436² КК України. У цій статті йдеться про виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікацію осіб, які здійснювали таку агресію.

В іншій публікації ми вже звертали увагу на те, що ч. 1 ст. 111¹ та ч. 1 ст. 436² КК України неможливо розмежувати за змістом поширеної інформації та ознакою публічності⁷. Також було звернуто увагу на іншу ознаку, яка, на нашу думку, може слугувати орієнтиром для правильної кваліфікації вчиненого. Йдеться про об'єкт кримінального правопорушення. Так, об'єктом суспільно небезпечного діяння, передбаченого ч. 1 ст. 111¹ КК України, є національна безпека, а об'єктом злочину, передбаченого ч. 1 ст. 436² КК України, є безпека людства. Другий об'єкт вочевидь є ширшим і охоплює собою національну безпеку. Тож у такому разі кваліфікувати вчинене слід саме за ч. 1 ст. 436² КК України.

Висновки. За результатами проведеного дослідження варто констатувати, що законодавець через внесення змін до розділу I Особливої

⁷ Антонюк (н 6) 58–9.

частини кримінального закону провів криміналізацію (наприклад, ч. 1 ст. 111¹ КК України), або ж диференціацію кримінальної відповідальності (наприклад, ті склади колабораціонізму, які є привілейованими до державної зради). Доцільність і своєчасність проведення диференціації кримінальної відповідальності викликає певні сумніви. З цього випливає важливий висновок у частині здійснення диференціації кримінальної відповідальності у майбутньому: така диференціація має бути своєчасною, оскільки в протилежному випадку законодавець може не врахувати важливих аспектів щодо наявності як критеріїв для проведення такої диференціації, так і не оцінити співвідношення нових норм зі старими і їхнє спільне функціонування як системи правових норм. Такі речі варто особливо враховувати у тому разі, якщо змінювані норми активно застосовуються на практиці саме в момент внесення змін до кримінального закону або одразу після цього.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Antoniuk N, 'Derzhavna zrada i kolaboratsiina diialnist: pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii' [2021] 4 (37) Slovo natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy 56–68 (in Ukrainian).
2. Pysmenskyi Ye, 'Kolaboratsionizm u suchasni Ukraini yak kryminalno-pravova problema' (2020) 12 Pravo Ukrainy 116–28 (in Ukrainian).

Conference papers

3. Rubashchenko M, 'Kryminalna vidpovidalnist za kolaboratsionizm za chynnym KK Ukrainy' v *Sotsialna funktsiia kryminalnoho prava: problemy naukovooho zabezpechennia, zakonotvorenna ta pravozastosuvannia: materialy mizhnar. nauk.-prakt. konf.* (Tatsii V holov red, Borysov V zast holov red, Pravo 2016) 329–30 (in Ukrainian).

Websites

4. 'V universyteti Drahomanova u Kyievi vidreahuvaly na slova vykladachky pro Ukrainu yak "amerykansku koloniu"' (*Radiosvoboda*, 26.01.2021) <<https://www.radiosvoboda.org/a/news-vykladachka-dragomanova-zakon-pro-movu/31070216.html>> (accessed: 06.11.2022) (in Ukrainian).
5. Khozhainova V, 'NPU Drahomanova zvilnyv vykladachku Bilchenko, yaka nazyvala "fashyzmom" movnyi zakon' (*Suspilne*, 21.07.2021) <<https://suspilne.media/149311-npu-dragomanova-zvilnyv-vykladacku-bilchenko-za-antiukrainsku-poziciu>> (accessed: 06.11.2022) (in Ukrainian).

AMENDMENTS OF THE CRIMES
AGAINST NATIONAL SECURITY OF UKRAINE: CRIMINALIZATION
OR DIFFERENTIATION OF CRIMINAL LIABILITY

ABSTRACT. Military aggression of the Russian Federation against Ukraine prompted the legislator to numerous amendments to the criminal law in terms of the criminal and legal regulation of crimes against the foundations of Ukraine's national security. As a result, a large number of questions arose regarding the content of the elements of crimes from the Chapter I of the Special Part of the Criminal Law and the distinction of the specified elements both among themselves and with related infringements. At the same time, there appeared questions regarding an estimation of legislative amendments as regards criminalization or differentiation of criminal liability.

The purpose of this article is to determine a correlation between crimes against the foundations of national security, primarily it is about a correlation of collaborative activity with high treason and aiding the aggressor state.

It has been established that amendment to the criminal law with a separate article, which foresees criminal liability for collaborative activity, is, in some cases, the criminalization of actions that were not previously criminally liable. However, in another part of situations, it is still about a differentiation of criminal liability. There are made conclusions regarding a correlation of the Articles 111, 111¹, 111² of the Criminal Code of Ukraine among themselves and it is indicated in which situations the specified elements of crimes can be incriminated cumulatively.

It is emphasized that timeliness of amending to the criminal law should be estimated taking into account how actively the relevant norms are applied in the relevant period in practice. In a situation, if there is no urgent need to amend to the criminal law, the relevant provisions of the criminal law can generally cover the range of actions that are socially dangerous, then the amendment to the criminal law by differentiating a criminal liability should be postponed.

KEYWORDS: collaborative activity; high treason; national security; crime.



Євген Письменський

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін
Луганського державного університету внутрішніх справ
імені Е. О. Дідоренка
(Івано-Франківськ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7761-7103>
ResearcherID: R-2482-2019
ye.pysmenskyy@gmail.com

DOI: 10.33498/Юшп-2022-11-049

УДК 343.32(477)

КОЛАБОРАЦІЙНА ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ОСВІТИ: ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

АНОТАЦІЯ. Розглядається колабораційна діяльність як явище, що утворилося та існує на території України, починаючи з першого етапу агресії Російської Федерації проти України (з 2014 р. і дотепер). До появи норми про колабораційну діяльність (ст. 111¹ Кримінального кодексу України, КК України) протиправна співпраця громадян України у сфері освіти не знаходила належної правової оцінки. Водночас зазначена заборона попри свої переваги характеризується низкою вад, наявність яких ускладнює тлумачення ч. 3 ст. 111¹ КК України, а так само ефективне її застосування у перспективі. Розв'язанню зазначених проблем присвячена ця стаття.

Метою статті є розв'язання комплексу взаємопов'язаних питань, що полягають у з'ясуванні: 1) підходів до правової оцінки колабораційної діяльності у сфері освіти на окупованій території України до появи відповідної кримінально-правової заборони (ч. 3 ст. 111¹ КК України); 2) меж відповідальності за вчинення колабораційної діяльності у сфері освіти на окупованій території України відповідно до ч. 3 ст. 111¹ КК України; 3) загальних параметрів удосконалення кримінально-правової норми про колабораційну діяльність у сфері освіти.

Наголошується на правильності рішення законодавця щодо встановлення стосовно державної зради спеціальної норми про колабораційну діяльність загалом (ст. 111¹ КК України) та у сфері освіти зокрема (ч. 3 ст. 111¹ КК України). Такий підхід уможлиблює більш точну кваліфікацію зрадницької поведінки громадян України на окупованій території та створює підґрунтя для належної диференціації відповідальності за її вчинення.

Проаналізовано склад злочину колабораційної діяльності у сфері освіти, що дало змогу визначити основні орієнтири для тлумачення ч. 3 ст. 111¹ КК України за відсутності судової практики, яка поки не сформувалася, та водночас виявити низку вад відповідної норми: складнощі у відмежуванні від суміжних складів кримінального правопорушення, а так само проблеми розуміння окремих ознак колабораційної діяльності у сфері освіти, добровільності як її властивості, зворотної дії у часі ч. 3 ст. 111¹ КК України.

Ключові слова: Кримінальний кодекс України; кримінальне правопорушення; кримінальна відповідальність; державна зрада; колабораційна діяльність; освіта.

© Євген Письменський, 2022

Агресивна політика Російської Федерації (далі – РФ) як підступного загарбника, захоплення нею українських територій тощо зумовлює виникнення багатьох негативних явищ соціального характеру, зокрема і колабораціонізму (або колабораційної діяльності). В. Василенко у цьому контексті слушно пише про справжню гуманітарну агресію, ведення проти України інформаційно-пропагандистської, історіософської та конфесійної війн, одночасний наступ на українську ментальність, традиційні цінності, мову, культуру, систему освіти, історичну пам'ять народу, національні церкви, метою чого є знищення ідентичності української нації¹.

Діяння, що становлять суть колабораціонізму, як із позиції історичної науки, так і правової, можуть бути класифіковані за різними критеріями, найбільш поширеним з яких є сфера, у якій надається допомога окупантові (здійснюється співпраця). За цим критерієм зазвичай виділяють культурний, освітній, ідеологічний, воєнний, політичний, адміністративний, економічний види колабораціонізму². На окупованій території сучасної України він знаходить свій прояв у вкрай широкому діапазоні – від освітнього рівня до політичної та воєнної співпраці. Безумовно, колабораціонізм у сфері освітньої діяльності є одним із найбільш помітних явищ сьогодення, яке заслуговує на увагу дослідників у царині кримінального права.

Спираючись на усталені підходи до розуміння змісту освітньої діяльності, включаючи відповідні положення законодавства України, можна стверджувати, що під діяльністю у сфері освіти слід розуміти діяльність, здійснювану працівниками закладів освіти з організації, забезпечення та реалізації освітнього процесу, суть якого насамперед становить передача, засвоєння, примноження і використання знань, умінь та інших компетенцій в осіб, які навчаються. Колабораційна діяльність у сфері освіти, зі свого боку, передбачає умисну участь громадянина України у здійсненні зазначеної діяльності на окупованій території на угоду державі-агресору, що характеризується як підривна проти України.

Колабораційній діяльності та її окремим видам присвячені непоодинокі публікації, зокрема таких правників, як Н. Антонюк, М. Бондаренко, І. Газдайки-Василишин, З. Загинеї-Заболотенко, О. Кравчука, О. Маріна, Р. Мовчана, М. Рубашенка, М. Хавронюка. Водночас у вітчизняній юридичній літературі проблематика колабораційної діяльності у сфері освіти, її суті, природи та кримінально-правового значення (у контексті

¹ В. Василенко, 'Російсько-українська війна 2014 року: причини, перебіг та політико-правові оцінки' (Український тиждень (спецпроект) 2014. № 42) 36.

² А. Політова, 'Дискусійні питання щодо кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність' в *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції* (ОДУВС 2022) 91.

тлумачення та вдосконалення законодавства) залишена поза належною увагою.

Метою дослідження є розв'язання комплексу взаємопов'язаних питань, що полягають у з'ясуванні: 1) підходів до правової оцінки колабораційної діяльності у сфері освіти на окупованій території України до появи кримінально-правової заборони, що містить ч. 3 ст. 111¹ Кримінального кодексу України (далі – КК України)³; 2) меж відповідальності за вчинення колабораційної діяльності у сфері освіти на окупованій території України відповідно до ч. 3 ст. 111¹ КК України; 3) загальних параметрів удосконалення кримінально-правової норми про колабораційну діяльність у сфері освіти.

До появи кримінально-правової норми про колабораційну діяльність (ст. 111¹ КК України) кваліфікація поведінки, пов'язаної із співпрацею громадян України з окупантом на шкоду інтересам України, здійснювалась безсистемно та не завжди адекватно обставинам вчиненого⁴. Із усього кола діянь, які становлять суть колабораціонізму, визнавалися кримінально протиправними насамперед ті з них, що пов'язані з перебуванням громадян України у складі незаконних збройних (воєнізованих) формувань, сприянням їх діяльності або фінансуванням тероризму (характерно для територій Донецької та Луганської областей), а так само з виконанням функцій, притаманних органам публічної влади (утворені структури на кшталт міністерств, поліції, суду), що діяли в межах російських окупаційних адміністрацій (характерно для всіх окупованих територій)⁵.

Викладене цілком стосується і діяльності у сфері освіти, яка протягом майже восьми років повноцінно здійснювалася на окупованій території за керівництва держави-агресора та за її стандартами. Дії працівників освітньої сфери (за винятком хіба що керівників відповідних управлінських структур на кшталт “міністерства освіти та науки”) у межах надання освітніх послуг *de facto* не розглядалися як такі, що можуть тягти кримінальну відповідальність. Насправді ж не слід виключити достат-

³ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 12.10.2022).

⁴ Починаючи з 2014 р., коли РФ із використанням широкої палітри методів гібридної війни реалізувала перший етап агресії проти України, ані суспільство, ані більшість громадян та загалом майже всі соціальні інститути виявилися не готові до належної протидії зазначеним явищам. Сказане цілком стосується і кримінального законодавства, якісне та повноцінне реформування якого не відбулось – замість цього переважно було посилено покарання за злочини проти національної безпеки України.

⁵ Решта діянь, які могли розглядатись як колабораціоністські, здебільшого залишалися поза межами кримінально-правового реагування через: 1) складність формування належної доказової бази, що передусім пов'язано з перебуванням відповідних територій поза контролем української влади; 2) брак чіткої визначеності кримінального законодавства України в частині (очевидної) відповідності того чи іншого акту поведінки, вчинюваного в межах співпраці з окупантом, ознакам певного складу кримінального правопорушення, унаслідок чого правозастосовувачі утримувалися від здійснення кримінально-правової оцінки вчиненого як злочину з огляду на відсутність переконливої впевненості в її правильності (Є Письменський, *Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в сучасній Україні (кримінально-правові аспекти): наук. нарис* (2020) 73–6).

ність таких підстав. Наприклад, як пише Н. Антонюк, поки у КК України не з'явилася окрема стаття про колабораціонізм, то пропагандистська діяльність у закладах освіти могла бути оцінена як ведення підривної діяльності проти України, тобто як державна зрада⁶. Водночас деякі інші фахівці переконують у тому, що кримінально-правова норма про державну зраду не завжди була здатна повністю охопити подібну поведінку, а участь громадян України в органах, які імітують певні види професійної діяльності, було проблематично оцінити за ст. 111 КК України. Наприклад, дії завідувача кафедри навчального закладу, що здійснює свою діяльність на непідконтрольній Україні території, не завжди можна було кваліфікувати за ст. 111 або ст. 258³ КК України⁷.

Отже, до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність»⁸ колабораційну діяльність у сфері освіти правозастосовувачі сприймали як кримінально протиправну доволі фрагментарно. Насамперед не викликала сумнівів наявність підстав для настання такої відповідальності щодо громадян України, які опікувалися управлінням освітньою сферою, але не здійсненням освітньої діяльності. Щодо проявів колабораціонізму в межах цієї діяльності – у практиці правозастосування вони не знаходили свого відбиття. Така ситуація мала місце не останньою чергою тому, що кримінально-правова норма про державну зраду через свою абстрактність не давала змоги однозначно визначити наявність відповідної підстави відповідальності. З цього приводу могли і виникали різні позиції, сумніви, зокрема через що органи правопорядку демонстрували неготовність застосовувати ст. 111 КК України до громадян України, які здійснювали освітню діяльність на окупованій території, допомагаючи ворогу руйнувати освітянські основи українського суспільства.

На сьогодні колабораційна діяльність у сфері освіти передбачає окрему підставу відповідальності згідно з ч. 3 ст. 111¹ КК України. При цьому рішення законодавця про окремі аспекти її запровадження навряд чи можна визнати беззаперечним, ураховуючи, що стосовно співпраці освітян із державою-агресором на окупованій території завжди виникало чимало дискусій у фахових колах, а обсяг їхньої кримінальної від-

⁶ Н Антонюк, 'Державна зрада і колабораційна діяльність: питання кримінально-правової кваліфікації' [2021] 4(37) Слово Національної школи суддів України 61.

⁷ О Головкін, І Сказко, 'Колабораціонізм в Україні: дискусійні аспекти' (2017) 78 Держава і право. Серія Юридичні науки 237, 238.

⁸ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність: Закон України від 3 березня 2022 р. № 2108-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2108-20#Text>> (дата звернення: 12.10.2022).

повідальності не вдавалося чітко визначити навіть з позиції здобутків юридичної науки⁹.

Зазначена кримінально-правова норма визначає два типи забороненої діяльності у сфері освіти, а саме: 1) здійснення пропаганди в закладах освіти незалежно від типів та форм власності (перша форма діяння); 2) дії, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти (друга форма діяння). При цьому обов'язковою ознакою об'єктивної сторони для колабораційної діяльності у сфері освіти є місце злочину, яким визначено заклади освіти¹⁰.

Поняття *пропаганди*, здійснення якої в закладах освіти тягне відповідальність згідно з ч. 3 ст. 111¹ КК України, потрібно тлумачити в негативному (деструктивному) значенні¹¹. Про приклади такої пропаганди на окупованих територіях пише Уповноважений Верховної Ради України з прав людини: «у школах постійно проходять рашистські агітаційні заходи, на яких дітям розповідають про “геройства” окупаційної армії і звірства “українських націоналістів”. Школярів мотивують писати листи підтримки російським військовим»¹².

За вчинення діяння у його першій формі нестиме відповідальність лише той працівник освіти, який вдається до здійснення пропаганди на користь держави-агресора. Натомість відповідальність інших освітян, які цього не робитимуть, може виключатися¹³. Н. Антонюк у цьому контексті зазначає. Якщо стосовно змісту уроків вчителя математики чи хімії не виникає питань в частині розрізнення тематики предмета викладання та можливої пропагандистської діяльності, то щодо уроків історії складніше констатувати таку відмінність. Якщо вчитель історії переходить на викладання історії держави-агресора, або ж веде мову про те,

⁹ Попри певні вади реалізований у КК України загальний підхід щодо відповідальності за колабораційну діяльність заслуговує на схвалення. Колабораціонізм, справді, повинен утворювати привілейовану форму державної зради, передбачаючи більш м'яке та специфічне покарання порівняно з іншими діяннями, які становлять державну зраду. Такий формат дає змогу не лише належним чином диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення державної зради, але й, з огляду на запізнілість законодавчого розв'язання відповідної проблеми, резонно забезпечує зворотню дію відповідної кримінально-правової норми в часі.

¹⁰ Треба розуміти так, що йдеться про ті з них, які утворені на окупованій території, де освітнім закладом можна вважати будь-яку установу, яка функціонує задля здійснення освітньої діяльності.

¹¹ Це форма комунікації з учасниками освітнього процесу, яка передбачає маніпулювання їхньою свідомістю з метою формування та роз'яснення у них таких уявлень і позицій, що обґрунтовують сприяння здійсненню збройної агресії проти України, установлення та утвердження тимчасової окупації частини території України, уникнення відповідальності за здійснення державою-агресором збройної агресії проти України. Відповідні уявлення та позиції замість засудження отримують схвальну оцінку, а їх втілення видається за поведінку, яку можна наслідувати та поширювати.

¹² Уповноважений: рашистські окупанти проводять політику деградації системи освіти на території тимчасово окупованого Криму (26 травня 2022 р.) <https://ombudsman.gov.ua/news_details/upovnovazhenij-rashistski-okupanti-provodyat-politiku-degradaciyi-sistemi-osviti-na-teritoriyi-timchasovo-okupovanogo-krimu> (дата звернення: 12.10.2022).

¹³ Щоправда, як показує аналіз майже восьмирічного періоду перебування в окупації території Криму, окремих районів Донецької та Луганської областей, здебільшого всі освітяни у той чи інший спосіб (через проведення різноманітних флешмобів, т. зв. уроків мужності, позакласної роботи, мітингів політичного характеру тощо) долучаються до здійснення пропаганди.

що українців як нації, а України як держави ніколи не існувало, то така діяльність і повідомлення її учням чи іншим вихованцям є суспільно небезпечною¹⁴.

Здійснення громадянином України пропаганди в закладах освіти треба відмежовувати від інших суміжних складів кримінального правопорушення, зокрема і передбаченого ст. 436² КК України, урахувавши, що виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікація її учасників може бути елементом такої пропаганди. Відмежування зазначених складів кримінального правопорушення у такому разі здійснюється за ознакою суб'єкта, беручи до уваги, що суб'єктом колабораційної діяльності є лише громадянин України. Якщо виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії РФ проти України, глорифікацію її учасників здійснює громадянин України в межах пропаганди в закладах освіти (один із складників такої пропаганди), то кваліфікація вчиненого має відбуватися за ч. 3 ст. 111¹ КК України згідно з правилами кваліфікації кримінального правопорушення у разі конкуренції частини та цілого, відповідно до яких перевага надається кримінальному правопорушенню у цілому. Водночас, урахувавши, що норма про “частину” в певних випадках становить більш небезпечне діяння, то вчинене потребує кваліфікації за сукупністю ч. 3 ст. 111¹ КК України та ч. 2 / ч. 3 ст. 436² КК України¹⁵.

Під *впровадженням стандартів освіти* пропонується розуміти заходи щодо узгодження освіти з певними вимогами (стандартами)¹⁶. Дії, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти, можуть полягати у вчиненні будь-яких актів поведінки з виконання та втілення вимог до обов'язкових результатів навчання та компетентностей здобувачів освіти того чи іншого рівня, що розроблені державою-агресором¹⁷.

Водночас видаються не зовсім правильними дії, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти, зводити до початку проведення занять за такими стандартами, як пропонує М. Хавронюк¹⁸. У цьому разі відповідальність згідно з ч. 3 ст. 111¹ КК України може наставати лише тоді, коли освітянин здійснює під час проведення цих занять пропаганду з відповідною метою (тобто вчиняє діян-

¹⁴ Антонюк (н 6) 61.

¹⁵ А Вознюк, Р Мовчан, В Черней (ред), *Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану: наук.-практ. комент.* (Норма права 2022) 98.

¹⁶ С Албул, Т Волошанівська, А Марченко та ін, *Методичні рекомендації з питань кримінально-правової кваліфікації, оперативної-розшукової діяльності та кримінального провадження за ст. 111¹ КК України “Колабораційна діяльність”* (ОДУВС 2022) 67.

¹⁷ Ідеться про забезпечення відповідності певного рівня освіти стандартам освіти держави-агресора через участь в розробленні навчального плану або/та освітньої програми (відповідних складників цих документів), їх затвердження, надання вказівок щодо реалізації.

¹⁸ М Хавронюк, ‘Колаборанти з точки зору Кримінального кодексу’ (Ракурс, 20.04.2022) <<https://racurs.ua/ua/b222-kolaboranti-z-tochki-zoru-kriminalnogo-kodeksu.html>> (дата звернення: 12.10.2022).

ня не в другій, а першій формі). З цього приводу правильно зазначає О. Марін, що стосовно практичної реалізації освітньої програми (викладання навчальних дисциплін педагогічними та науково-педагогічним працівниками) підхід має бути диференційованим. Дослідник пояснює, що відповідальність за реалізацію стандарту освіти держави-агресора повинна наставати для тих працівників, які транслюють той контент, який корисний державі-агресору задля встановлення та утвердження окупації частини території України. Тому притягнення до відповідальності вчителів та викладачів математики, фізики, хімії, біології та інших дисциплін, зміст яких не має зв'язку із встановленням та утвердженням окупації є безпідставним. Натомість викладання історії, суспільствознавства та інших предметів, які у своїх програмах містять частини, пов'язані із розумінням певних історичних подій, або тлумаченням сучасної соціально-політичної ситуації, повинне відбуватися на підставі українських стандартів освіти. Педагогічні та науково-педагогічні працівники, які реалізують стандарти освіти держави-агресора, які за змістом спрямовані на підтримку потрібних їй наративів, повинні підлягати кримінальній відповідальності за ч. 3 ст. 111¹ КК України¹⁹. Вважаємо, що причина такого (чи іншого менш або більш широкого) підходу до розуміння суті освітнього колабораціонізму згідно з ч. 3 ст. 111¹ КК України полягає в недостатньо чіткому й однозначному формулюванні відповідної форми діяння.

Злочин, передбачений ч. 3 ст. 111¹ КК України, має *формальний склад*. Можна погодитися з тим, що воно відтак вважатиметься закінченим з моменту, коли особа здійснила хоча б один пропагандистський вчинок або розпочала дії, спрямовані на зміну стандартів освіти в закладах освіти²⁰.

Суб'єктом колабораційної діяльності варто вважати громадянина держави, територія якої перебуває під окупацією. Отже, суб'єкт злочину за ч. 3 ст. 111¹ КК України – це *громадянин України*. Деякі категорії цих суб'єктів можуть характеризуватися додатковими ознаками з огляду на специфіку взаємодії з ворогом²¹. Водночас щодо здійснення пропаганди в закладах освіти, то як резонно зауважує Н. Антонюк, її можуть здійснювати не лише вчителі чи інші особи, що працюють у таких закладах освіти (працівники освіти), а й будь-які особи, які використовуватимуть освітній заклад із пропагандистською метою. Окрім цього, йдеться не

¹⁹ О. Марін, 'Колабораційна діяльність: що є кримінально караним' (*Academia.edu*) <<https://bit.ly/3yq95sP>> (дата звернення: 12.10.2022).

²⁰ Н. Симоненко, 'Кримінально-правова новела щодо колабораційної діяльності' [2022] 1 (17) Вісник асоціації кримінального права України 99.

²¹ Наприклад, суб'єктом впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти є той громадянин України, який уповноважений окупаційною адміністрацією держави-агресора на впровадження стандартів освіти (насамперед йдеться про керівника закладів освіти, заступників керівника закладу освіти, керівників структурних підрозділів закладу освіти, до компетенції яких належить впровадження стандартів освіти, членів методичних, педагогічних та вчених рад).

лише про вплив на учнів, студентів чи інших вихованців, а й про вплив на викладацький склад відповідного закладу²².

Набуття нового громадянства без виходу з українського громадянства не може виключати відповідальності за вчинення колабораційної діяльності у сфері освіти (натомість це не стосується осіб без громадянства, які не можуть визнаватись колаборантами). Особа вважається громадянином України, доки вона у встановленому законом порядку не буде позбавлена цього громадянства (рішення про припинення громадянства ухвалює Президент України, про що видає відповідний указ). Правильною слід визнати позицію, відповідно до якої особа до видання зазначеного указу про припинення громадянства користується всім обсягом прав та виконує всі покладені на неї обов'язки, які має громадянин України²³.

Суб'єктивна сторона колабораційної діяльності у сфері освіти характеризується виною у формі прямого умислу, за якого особа: 1) усвідомлює суспільно небезпечний характер відповідного діяння, тобто здатність через надання допомоги державі-агресору спричинити шкоду взятим під охорону кримінального права цінностям, зокрема національним інтересам у сфері освіти; 2) передбачає неминучість спричинення такої шкоди; 3) бажає в результаті вчинення такого діяння заподіяти шкоду об'єктові посягання, яким є відповідна сфера національної безпеки держави.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони колабораційної діяльності у сфері освіти є *мета*: а) щодо першої форми діяння метою визначено сприяння здійсненню збройної агресії проти України, встановленню та утворенню тимчасової окупації частини території України, уникненню відповідальності за здійснення державою-агресором збройної агресії проти України; б) щодо другої форми діяння мета – це впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти.

Чинна кримінально-правова норма про колабораційну діяльність у сфері освіти не позбавлена досить істотних вад, наявність яких може негативно вплинути на ефективність її застосування, створюючи підґрунтя для ухвалення несправедливих судових рішень²⁴. Редакція ч. 3 ст. 111¹ КК України має бути змінена, а виявлені законодавчі помилки під час формування кримінально-правової заборони колабораційної діяльності

²² Антонюк (н 6) 61.

²³ А Левчук-Микитюк, 'Визначення суб'єкта складу злочину "державна зрада"' (2020) 4 Підприємництво, господарство і право 306–7.

²⁴ Про одну з цих хиб пишуть В. Кузнецов і М. Сийплові, зазначаючи, що така форма колабораціонізму як '<...> дії громадян України, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти' може надто розширено тлумачитися в судовій практиці. На погляд дослідників, це призведе або до вибіркового правосуддя, або до незастосування цієї форми. Такою невиваженою криміналізацією створюються умови для несприйняття держави громадянами, які опинилися в скрутних умовах на захоплених територіях (В Кузнецов, М Сийплові, 'Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність як новий виклик сьогодення' [2022] 70 (1) Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія "Право" 385).

у сфері освіти підлягають найскорішому усуненню. Перспективними напрямками для такого вдосконалення є такі: 1) відмова від здійснення пропаганди як окремої форми колабораційної діяльності у сфері освіти, оскільки така поведінка здебільшого може охоплюватися статтями Особливої частини КК України про інші кримінальні правопорушення залежно від змісту такої пропаганди; 2) уточнення характеру дій щодо впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти²⁵; 3) запровадження спеціальної підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність²⁶, включаючи сферу освіти.

Не слід виключати також варіант, за якого диспозиція ч. 3 ст. 111¹ КК України набуватиме бланкетного характеру, а у спеціальному законі визначатиметься категорія осіб, які не є такими, що вчиняють колабораційну діяльність у формі надання освітніх послуг (може йтися про осіб, які надають освітні послуги в галузі природничих наук, математики, охорони здоров'я тощо)²⁷.

Висновки. Рішення законодавця щодо встановлення спеціальної норми про колабораційну діяльність загалом (ст. 111¹ КК України) та у сфері освіти зокрема (ч. 3 ст. 111¹ КК України) слід визнати правильним з огляду на появу привілейованого складу злочину державної зради. Такий підхід уможливує більш точну кваліфікацію зрадницької поведінки громадян України на окупованій території та створює підґрунтя для належної диференціації відповідальності за її вчинення. Здійснений аналіз складу злочину колабораційної діяльності у сфері освіти дав змогу визначити орієнтири для тлумачення ч. 3 ст. 111¹ КК України за відсутності сформованої судової практики та разом з цим показав наявність низки вад зазначеної норми. Зокрема, виявлено та розглянуто складнощі у відмежуванні від суміжних складів кримінального правопорушення, а так само проблеми розуміння окремих ознак колабораційної діяльності у сфері освіти.

²⁵ Відповідні дії становлять суть заборони, зміст і обсяг якої є надто неконкретизованими. Ця форма діяння сформульована в законі у спосіб, що уможливує неоднозначність його тлумачення, на чому акцентовано увагу вище. Відсутність розуміння того, які саме дії вважаються такими, що спрямовані на впровадження стандартів освіти, може свідчити про порушення принципу правової визначеності, вимогами якого є прозорість та ясність, чітке формулювання умов, за яких здійснюється обмеження чи позбавлення свободи людини. Таким чином застосування ч. 3 ст. 111¹ КК України у відповідній частині стає непередбачуваним, ускладняється відмежування колабораційної діяльності у сфері освіти як кримінально протиправного типу поведінки від правомірних вчинків.

²⁶ Є Письменський, Р Мовчан, 'Новели кримінального законодавства України про колабораційну діяльність: дискусійні питання та спроба їх розв'язання' (2022) 6 Юридичний науковий електронний журнал 359.

²⁷ До речі, схожий підхід планується реалізувати з ухваленням проекту Закону України "Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність"³ (реєстр. № 7647 від 08.08.2022), що має на меті обмежити застосування ч. 4 ст. 111¹ КК України: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=74695> (дата звернення: 12.10.2022).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Albul S, Voloshanivska T, Marchenko A, Mudretska H, Reznichenko H, Fedorov I, Chekmarova I, *Metodychni rekomendatsii z pytan kryminalno-pravovoi kvalifikatsii, operatyvno-rozshukovoi diialnosti ta kryminalnoho provadzhennia za st. 111¹ KK Ukrainy "Kolaboratsiina diialnist"* (ODUVS 2022) (in Ukrainian).
2. Pysmenskyi Ye. *Kolaboratsionizm yak suspilno-politychne yavyshe v suchasni Ukraini (kryminalno-pravovi aspekty)* (Sievierodonetsk 2020) (in Ukrainian).

Edited books

3. Vozniuk A, Movchan R, Cherniei V (red), *Novely kryminalnoho zakonodavstva Ukrainy, pryiniati v umovakh voiennoho stanu* (Norma prava 2022) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Antoniuk N, 'Derzhavna zrada i kolaboratsiina diialnist: pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii' [2021] 4(37) Slovo Natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy (in Ukrainian).
5. Holovkin O, Skazko I, 'Kolaboratsionizm v Ukraini: dyskusiini aspekty' (2017) 78 Derzhava i pravo. Seriiia Yurydychni nauky (in Ukrainian).
6. Kuznetsov V, Syiploki M, 'Kryminalna vidpovidalnist za kolaboratsiinu diialnist yak novyi vyklyk sohodennia' [2022] 70 (1) Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Seriiia "Pravo" (in Ukrainian).
7. Levchuk-Mykytiuk A, 'Vyznachennia sub'iekta skladu zlochynu "derzhavna zrada"' (2020) 4 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo (in Ukrainian).
8. Pysmenskyi Ye, Movchan R, 'Novely kryminalnoho zakonodavstva Ukrainy pro kolaboratsiinu diialnist: dyskusiini pytannia ta sproba yikh rozv'iazannia' (2022) 6 Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal.
9. Symonenko N, 'Kryminalno-pravova novela shchodo kolaboratsiinoi diialnosti' [2022] 1 (17) Visnyk asotsiatsii kryminalnoho prava Ukrainy (in Ukrainian).

Conference papers

10. Politova A, Dyskusiini pytannia shchodo kryminalnoi vidpovidalnosti za kolaboratsiinu diialnist, *Aktualni pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii, dokumentuvannia ta rozsliduvannia kolaboratsionizmu* (ODUVS 2022) (in Ukrainian).

Newspaper articles

11. Vasylenko V., 'Rosiisko-ukrainska viina 2014 roku: prychny, perebih ta polityko-pravovi otsinky' [2014] 42 (362) Ukrainskyi tyzhden (spetsproekt) (in Ukrainian).

Websites

12. Khavroniuk M, 'Kolaboranty z tochky zoru Kryminalnoho kodeksu' (*Rakurs*, 20.04.2022) <racurs.ua/ua/b222-kolaboranti-z-tochki-zoru-kriminalnogo-kodeksu.html> (accessed: 12.10.2022) (in Ukrainian).
13. Marin O, 'Kolaboratsiina diialnist: shcho ye kryminalno karany?' (*Academia.edu*) <<https://bit.ly/3yq95sP>> (accessed: 12.10.2022) (in Ukrainian).
14. 'Upovnovazhenyi: rashystski okupanty provodiat polityku dehradatsii systemy osvity na terytorii tymchasovo okupovanoho Krymu' (*Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights*) <https://ombudsman.gov.ua/news_details/upovnovazhenij-rashystski-okupanti-provodyat-politiku-degradaciyi-sistemi-osviti-na-teritoriyi-timchasovo-okupovanogo-krimu> (accessed: 12.10.2022) (in Ukrainian).

Yevhen Pysmenskyy

COLLABORATIVE ACTIVITIES IN THE EDUCATION FIELD:
ISSUES OF INTERPRETATION AND IMPROVEMENT
OF THE CRIMINAL LAW

ABSTRACT. Collaborative activities are considered a phenomenon that was formed and exists on the territory of Ukraine, starting with the first stage of aggression of the Russian Federation against Ukraine (from 2014 till nowadays). Before the emergence of the norm on collaborative activities (Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine), the illegal cooperation of Ukrainian citizens in the education field was not properly assessed by law. Meanwhile, the mentioned ban, despite its advantages, is characterized by several defects, the presence of which complicates the interpretation of Part 3 of Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine, as well as its effective application in the future. The article is dedicated to solve these issues.

The article aims to resolve a complex of interrelated issues, which consist in clarifying: 1) approaches to the legal assessment of collaborative activities in the education field on the occupied territory of Ukraine before the appearance of the corresponding criminal law ban (Part 3 of Article 111¹ Criminal Code of Ukraine); 2) limits of liability for the implementation of collaborative activities in the education field on the occupied territory of Ukraine under Part 3 of Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine; 3) parameters for improving the criminal law norm on collaborative activities in the education field.

The correctness of the legislator's decision regarding the establishment of a special norm on collaborative activities in general (Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine) and in the education field in particular (Part 3 of Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine) is emphasized. Such an approach enables a more accurate qualification of the treasonous behavior of Ukrainian citizens on the occupied territory and creates the basis for proper differentiation of liability for its commission.

The crime of collaborative activities in the education field was analyzed, which made it possible to determine the main guidelines for the interpretation of Part 3 of Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine in the absence of judicial practice, which has not yet been formed, and at the same time to identify several shortcomings of the relevant norm: difficulties in distinguishing from related elements of a criminal offense, as well as problems of understanding certain signs of collaborative activities in the education field, voluntariness as its quality, retroactive effect of part 3 of Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine.

KEYWORDS: Criminal Code of Ukraine; criminal offense; criminal liability; treason; collaboration activities; education.



Олександр Марін

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і кримінології
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3463-8523>
oleksandr.marin@lnu.edu.ua

УДК 343.322

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ВАРІАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ЗРАДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Нормативна регламентація кримінальної відповідальності за державну зраду із початку активної фази російської агресії проти України істотно ускладнилася. З'явилися нові кримінально-правові норми, які очікувано вступили у системні зв'язки із вже існуючими заборонами, створюючи при цьому достатньо серйозні й теоретичні, й практичні проблеми, пов'язані із їх застосуванням. Це обумовлює необхідність проведення наукової ревізії системи норм і положень, які відображають кримінально-правові варіації державної зради за Кримінальним кодексом України (КК України).

Метою статті є зміна ракурсу аналізу стану кримінально-правового регулювання відповідальності за державну зраду, визначення адекватності відображення її варіацій у чинному КК України, їх співвідношення між собою та окреслення можливих напрямів удосконалення такого регулювання.

Найбільш абстрактною формою державної зради, яка охоплює по суті всі інші різновиди такої кримінально каранної поведінки, є надання допомоги іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам у проведенні підривної діяльності проти України. Правове значення ознаки "в умовах воєнного стану", яка зазначена у ч. 2 ст. 111 КК України, двояке: вона може виступати як ознака, яка кваліфікує посягання, передбачене у ч. 1 цієї ж статті, а також – як конститутивна ознака такої форми державної зради, як перехід на бік ворога. Інакше кажучи, перехід на бік ворога в умовах воєнного стану навіть без наявності періоду збройного конфлікту повинно тягнути за собою кримінальну відповідальність за ч. 2 ст. 111 КК України. Основною вадою законодавчого вирішення проблеми кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність є концептуальний підхід, відповідно до якого поняття цього явища відображається у кримінальному законодавстві через встановлення кримінальної відповідальності за різні форми відповідної поведінки одночасно за відсутності родового поняття, яке б визначало істотні необхідні ознаки цього явища загалом.

У ситуації, що склалася, до внесення змін у КК України і введення розмежувальної ознаки, яка дасть можливість відрізнити між собою різні варіації державної зради, можна спробувати використати так званий контекстуальний елемент. У нашому випадку змістом такого контекстуального елемента повинен стати контекст

окупації: колабораційна діяльність, на відміну від інших варіацій державної зради, здійснюється тільки у цьому контексті – в умовах окупації.

Ключові слова: державна зрада; колабораційна діяльність; пособництво державі-агресору; співвідношення кримінально-правових норм і складів кримінального правопорушення.

Проблеми кримінальної відповідальності за державну зраду донедавна не викликали особливого інтересу ні в теоретиків, ні в практиків. Це й не дивно, адже деякі кримінально-правові норми “сплять” доти, доки соціально-політичні умови, що складаються у державі, не “пробуджують їх до життя”. Те саме сталося й із кримінально-правовим регулюванням поведінки громадян України, які вчинили зрадницькі діяння. Так, у період 2001–2013 рр. в Україні було зареєстровано (порушено кримінальних справ) 13 кримінальних проваджень за ст. 111 “Державна зрада” Кримінального кодексу України (далі – КК України)¹. Ситуація докорінно змінилася із початком військової агресії Російської Федерації (далі – РФ) проти України у лютому 2014 р. Злочинів, які одержали кримінально-правову оцінку за відповідною статтею КК України, стало в рази більше: протягом 2014–2021 рр. зареєстровано вже 963 провадження². Із початком активної фази агресії у лютому 2022 р. – протягом 10 місяців в Україні зареєстровано вже 1828 кримінальних проваджень за ст. 111 КК України³. Такий сплеск статистичних показників відображає правову реальність – кримінально-протиправних посягань на основі національної безпеки, що полягають, зокрема, у вчиненні державної зради, стало істотно більше. Ця “нова реальність” із об’єктивною необхідністю тягне за собою потребу ревізії адекватності нормативного відображення у КК України складів відповідних злочинів. Перша така ревізія була проведена самим законодавцем, який відреагував на зміни у суспільстві у звичний для нього спосіб, – внесенням до КК України змін та доповнень. Окрім іншого, зазнала змін сама ст. 111 КК України, у розділ I Особливої частини введено нові статті: ст. 111¹ “Колабораційна діяльність”, ст. 111² “Пособництво державі агресору”; у розділі XX Особливої частини з’явилася ст. 436² “Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників”. З урахуванням наведених змін, кількість кримінальних проваджень стосовно поведінки, яка являє собою різноманітні прояви

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 04.11.2022).

² Про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування (Офіс Генерального прокурора) <<https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kriminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>> (дата звернення: 04.11.2022).

³ Злочини вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ станом на 04.11.2022 (Офіс Генерального прокурора) <<https://www.gp.gov.ua/storage/uploads/a2640a31-290e-43a2-8bf0-900a7ab4fd48/warcrime-04122022ua.jpg>> (дата звернення: 04.11.2022).

(форми) державної зради, зросла ще на понад 4500 кримінальних проваджень, з яких тільки щодо колабораційної діяльності – 3220⁴.

Таким чином, нормативна регламентація кримінальної відповідальності за державну зраду ускладнилася, з'явилися нові кримінально-правові норми, які очікувано вступили у системні зв'язки із вже існуючими заборонами, створюючи при цьому достатньо серйозні й теоретичні, й практичні проблеми, пов'язані із їх застосуванням. Це, зі свого боку, зумовлює необхідність проведення наукової ревізії системи норм та положень, які відображають кримінально-правові варіації державної зради за КК України.

Незважаючи на те, що “реформа” кримінально-правової регламентації відповідальності за державну зраду відбулася у перші місяці активної фази російської військової агресії, правова ситуація, що виникла у зв'язку із цим, була проаналізована вченими-фахівцями у галузі кримінального права. Майже одразу з'явилися публікації з оцінкою таких нововведень, спочатку у віртуальному середовищі⁵, а потім й у фахових юридичних журналах⁶. Крім того, провідні правничі школи провели низку науково-практичних заходів, на яких проблеми, які розглядаються у цій статті, стали предметом жвавих обговорень⁷.

Оцінкою нововведень стала констатація ускладнення правового регулювання та виникнення ситуацій, які складно піддаються кваліфікації на предмет визначення їх правової природи. Так, одні автори визначають співвідношення між нормами, які було прийнято, та відображеною у ст. 111 України як конкуренцію кримінально-правових норм⁸, другі ж стверджують наявність колізійності в існуванні таких кримінально-правових заборон⁹. Треті взагалі зазначають, що

⁴ Злочини вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ станом на 04.11.2022 (н 3).

⁵ М Хавронюк, ‘Колаборанти з точки зору Кримінального кодексу’ (Ракурс, 20.04.2022) <<https://gacurs.ua/b222-kolaboranti-z-tochki-zoru-kriminalnogo-kodeksu.html>> (дата звернення: 04.11.2022); Р Мовчан, ‘“Восні” оновлення Кримінального кодексу України: що варто урахувати громадянам та правозастосовцям і що забув урахувати законодавець. Частина 1–7’ <<https://cutt.ly/dHhk4kg>> (дата звернення: 04.11.2022).

⁶ Н Антонюк, ‘Державна зрада і колабораційна діяльність: питання кримінально-правової кваліфікації’ [2021] 4 (37) Слово національної школи суддів України 56–8; І Берднік, М Головка, ‘Основні орієнтири відмежування колабораційної діяльності від суміжних складів кримінальних правопорушень’ (2022) 2 Нове українське право 156–62.

⁷ Див., наприклад, *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (Баулін Ю, Пономаренко Ю упоряд та заг ред, Право 2022) 310.

⁸ Берднік, Головка (н 6) 158; І Газдайка-Василишин, ‘Проблеми кваліфікації колабораційної діяльності’ в *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (Баулін Ю, Пономаренко Ю упоряд та заг ред, Право 2022) 122.

⁹ Ю Пономаренко, ‘Основні виклики, що постали перед кримінальним правом України з початком широкомасштабної фази війни, та відповіді законодавця на них’ *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (Баулін Ю, Пономаренко Ю упоряд та заг ред, Право 2022) 22; А Музика, ‘Норми про відповідальність за колабораційну діяльність потребують актуальних поправок’ в *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (Баулін Ю, Пономаренко Ю упоряд та заг ред, Право 2022) 106.

вказані кримінально-правові норми-новели характеризуються ознаками колізійності, конкурентності та суперечливості з базовою для них ст. 111 “Державна зрада” КК України <...> Бажко визначити, чи створює колізію або конкурує ця форма державної зради з видами злочинної допомоги, яку надають колаборанти¹⁰.

Крім суто наукового інтересу правильне визначення правової природи співвідношення кримінально-правових норм має й суто прагматичний характер, адже до різних видів співвідношення повинні бути використані й різні правила правозастосування у конкретній ситуації, а вони істотно відрізняються одне від одного за своїми результатами.

Метою дослідження є зміна ракурсу аналізу стану кримінально-правового регулювання відповідальності за державну зраду, визначення адекватності відображення її варіацій у чинному КК України, їх співвідношення між собою та окреслення можливих напрямів удосконалення такого регулювання.

Поняття державної зради у найбільш загальному вигляді визначено у ч. 1 ст. 111 КК України:

Державна зрада, тобто діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України...¹¹

Як бачимо, визначення максимально абстрактне – його складно або практично неможливо застосувати для реальної кримінально-правової оцінки суспільно небезпечних діянь через невизначеність об’єктивної сторони. Це визначення не дає відповіді на запитання: які саме діяння є кримінально-протиправними? Саме тому законодавець у тій самій ч. 1 ст. 111 КК України після “:” конкретизує ознаки складу державної зради, наводячи три “класичні” форми вчинення цього посягання: 1) перехід на бік ворога; 2) шпигунство; 3) надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України.

Ці форми, хоч і є своєрідною конкретизацією переважно об’єктивних ознак складу державної зради, також є достатньо абстрактними, оскільки містять ознаки, зміст яких охоплює вельми широке коло поведінки.

¹⁰ В Мисливий, ‘Кримінальна відповідальність за колабораціонізм в умовах воєнного стану’ в *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (Баулін Ю, Пономаренко Ю упоряд та заг ред, Право 2022) 118–9.

¹¹ Кримінальний кодекс України (н 1).

Аналізові цих форм присвячено низку наукових праць, основним призначенням яких є розкриття змісту цих абстракцій¹².

Як свідчить аналіз положень доктрини кримінального права, рівень абстракції наведених форм державної зради не однаковий. Варто, видається, погодитись із позицією Н. Кончук, яка відзначила, що

надання іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України можна назвати загальним способом державної зради, різновидами якої є перехід на бік ворога та шпигунство. Тому очевидно, що третій спосіб державної зради буде наявним тільки тоді, коли вчиняються такі дії, які не охоплюються першими двома способами¹³.

Таким чином, найбільш абстрактною формою державної зради, яка охоплює по суті всі інші різновиди такої кримінально-каранної поведінки, є надання допомоги іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України.

Зміни воєнного часу торкнулися однієї з класичних форм державної зради – переходу на бік ворога, перенісши вчинення таких діянь в умовах воєнного стану у ч. 2 ст. 111 КК України, створивши на перший погляд кваліфікований склад. Конститутивною ознакою цієї форми державної зради в основному складі залишилося, відповідно, вчинення такого переходу в період збройного конфлікту. Безпосередній зміст цих ознак достатньо повно висвітлено у спеціальній літературі і застережень загалом не викликає¹⁴. Натомість здійснений законодавцем крок зі зміни правового значення ознаки “в умовах воєнного стану” у складі державної зради потенційно створює проблеми у правозастосуванні. Так, аналізуючи цю правову ситуацію, Ю. Коломієць вдало відзначила, що формулюючи нову редакцію ст. 111 КК України, законодавець припустився логічної помилки.

У новій редакції державна зрада в умовах воєнного стану є кваліфікованим складом злочину. Розмежовуючи дві обставини об'єктивної сторони державної зради, законодавець штучно обмежив застосування ст. 111 КК України. Виходячи з нової редакції цієї статті, кримінально-караним є

¹² М Михайлуца, ‘Кримінально-правова природа державної зради та шпигунства’ [2017] 3 (2) Право і суспільство 199–203; З Загинеї, ‘Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України як спосіб вчинення державної зради’ (2016) 3 Науковий часопис Національної академії прокуратури України 86–101; О Зайцев, В Філіпенко, ‘Перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або період збройного конфлікту як одна з форм вчинення державної зради’ [2017] 1 (77) Вісник ЛДУВС імені Е О Дідоренка 53–63.

¹³ Н Кончук, ‘Кримінальна відповідальність за державну зраду’ (дис канд юр наук, 2019) 92.

¹⁴ Л Демидова, ‘Кримінально-правова оцінка умов воєнного стану та періоду збройного конфлікту при кваліфікації державної зради’ (2014) 28 Питання боротьби зі злочинністю 79–88.

лише перехід на бік ворога в період збройного конфлікту в умовах воєнного стану¹⁵.

Продовжуючи міркування авторки, зазначимо, а як кваліфікувати перехід на бік ворога в умовах воєнного стану не у період збройного конфлікту? Виходить кваліфікований склад кримінального правопорушення буде відсутній у зв'язку із відсутністю конститутивних ознак основного складу. І хоча практично складно собі уявити ситуацію наявного воєнного стану і відсутнього періоду збройного конфлікту, теоретично це зробити цілком можливо. Вочевидь, законодавець не задумував такої “прихованої декриміналізації”, тому нам видається, що правове значення ознаки “в умовах воєнного стану”, зазначеній у ч. 2 ст. 111 КК України, двояке: вона може виступати як ознака, яка кваліфікує посягання, передбачене у ч. 1 цієї ж статті, а також – виступає конститутивною ознакою такої форми державної зради, як перехід на бік ворога. Інакше кажучи, перехід на бік ворога в умовах воєнного стану навіть без наявності періоду збройного конфлікту повинно тягнути за собою кримінальну відповідальність за ч. 2 ст. 111 КК України. Логіка аргументації при цьому може збігатися із логікою правових висновків Верховного Суду, прийнятих відносно ч. 2 ст. 194 та ч. 2 ст. 365 КК України¹⁶.

Наступними різновидами державної зради, які одержали нормативне відображення у самостійних статтях КК України і, отже, самостійні назви кримінально-протиправної поведінки, є діяння, відповідальність за вчинення яких передбачена у ст. 111¹ “Колабораційна діяльність”, ст. 111² “Пособництво державі агресору”, ст. 436² “Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників” КК України.

Констатуємо факт того, що поведінка, відображена у наведених статтях Особливої частини КК України, є варіаціями державної зради, видається, що варто виходити із загальних ознак державної зради як явища, які випливають із найбільш абстрактних формулювань цього поняття у ч. 1 ст. 111 КК України. Такими ознаками є: 1) спрямованість поведінки на шкоду суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України; 2) така поведінка у найбільш загальному вигляді полягає у наданні іноземному елементові допомоги у підривній діяльності проти України; 3) вчиняється громадянином України; 4) така поведінка

¹⁵ Ю Коломієць, ‘Державна зрада, вчинена в умовах воєнного стану’ в *Європейський вибір України, розвиток науки та національна безпека в реаліях масштабної військової агресії та глобальних викликів XXI століття: матеріали Міжнар.наук.-практ. конф., т 2* (Гельветика 2022) 268.

¹⁶ Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 5 листопада 2020 р. у справі № 526/621/16-к <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/92765517>> (дата звернення: 05.11.2022); Постанова Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 р. у справі № 301/2178/13-к <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/78426368>> (дата звернення: 05.11.2022).

є виключно умисною. Видається, що поведінка, визначена наведеними статтями Особливої частини КК України як кримінально протиправна, може містити всі ці родові ознаки, що й надає їм своєрідного статусу варіації державної зради та потребує визначення типу співвідношення наведених норм із основною, базовою нормою, передбаченою у ст. 111 КК України.

Почнемо із найбільш поширеного у практиці “нововведення” – посягання, передбаченого ст. 111¹ КК України “Колабораційна діяльність”. Першим застереженням, на якому варто наголосити і яке визначатиме подальший хід міркувань, – введення у КК України ст. 111¹ не є криміналізацією, як про це зазначається у пояснювальній записці до ухваленого законопроекту¹⁷, а засобом диференціації кримінальної відповідальності саме за державну зраду.

Питання про кримінальну відповідальність за колабораційну діяльність постали у професійному середовищі із появою об’єктивних умов її вчинення – наявністю тимчасово окупованих територій держави, тобто із 2014 р. Протягом останніх років дискусія точилася навколо того, чи достатньо для належного кримінально-правового регулювання відповідальності за колабораційну діяльність наявної ст. 111 КК України, чи потрібно диференціювати кримінальну відповідальність у різний спосіб (через ухвалення окремої статті КК України (за прикладом кримінального законодавства Литовської Республіки), чи через окремі форми державної зради безпосередньо у структурі ст. 111 КК України). Законотворчим результатом цієї дискусії стала поява у тексті КК України окремої ст. 111¹.

Основною вадою законодавчого рішення проблеми кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність, на нашу думку, є концептуальний підхід, відповідно до якого поняття цього явища відображається у кримінальному законодавстві через встановлення кримінальної відповідальності за різні форми відповідної поведінки одночасно за відсутності родового поняття, яке б визначало істотні необхідні ознаки цього явища загалом. І хоча Верховна Рада України відмовилася від ухвалення базового регулятивного Закону України на кшталт “Про заборону колабораціонізму”¹⁸, доктрина кримінального права містить спроби вчених визначити це явище не через казуїстичне перерахування можливих форм поведінки, а завдяки дефініції поняття із використанням родових ознак. Так, результатом напевне найбільш повного дослідження явища колабораціонізму, проведеного Є. Письменським, стало визначення цього поняття як

¹⁷ Пояснювальна записка до проекту Закону України про внесення змін до деяких законодавчих актів (щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність) <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/559222>> п. 6 (дата звернення: 05.11.2022).

¹⁸ Проект Закону про заборону колабораціонізму від 9 березня 2017 р. № 6170 <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61312> (дата звернення: 05.11.2022).

умисного переходу громадянина України, який перебуває на окупованій території, на бік держави-окупанта з наданням їй допомоги, а так само її представникам, включаючи організаторів незаконно утворених структур владного управління, у проведенні підривної діяльності проти України протягом періоду окупації (колабораціонізм)¹⁹.

Родові ознаки цього явища пропонує враховувати й М. Хавронюк, який зазначив, що термін “колаборація” означає діяння, що здійснюється: 1) в умовах окупації; 2) у формі співпраці з державою-агресором; 3) представниками населення держави; 4) з метою причинити шкоду державі України, її патріотам чи союзникам²⁰.

Важливість родового поняття полягає у тому, що формулюючи конкретні форми кримінально-протиправної поведінки, законодавець може розраховувати на те, що основні істотні ознаки явища вже відображені у понятті і не потребують повторного закріплення в окремих формах кримінально-протиправної поведінки. Якщо родові поняття відсутні, перед законодавцем для адекватного відображення правової дійсності постає завдання кожного разу вказувати у конкретній формі протиправної поведінки на ці ознаки. В іншому випадку може виникнути ситуація правової невизначеності і ситуація із потенційної конкуренції кримінально-правових норм перетвориться на їхню колізію.

Так, здається, сталося і у ситуації із співвідношенням окремих форм колабораційної діяльності з окремими формами державної зради. Відсутність чітких розмежувальних критеріїв між цими формами, а це необхідна передумова обґрунтованої конкуренції кримінально-правових норм, призводить до неможливості визначити характер їх співвідношення і, відповідно, запропонувати обґрунтовані правила вирішення ситуації ускладненого правозастосування.

Якщо припустити, що введення у КК України ст. 111¹ мало на меті диференціацію кримінальної відповідальності, то порівняння санкцій цієї статті та ст. 111 КК України дає підстави для висновку, що це впровадження привілейованих спеціальних норм, причиною якого стали декілька факторів. Серед таких називають ‘бажання спростити кваліфікацію кримінальних правопорушень, вчинених в умовах воєнного стану, пришвидшити їх розслідування та судовий розгляд’²¹, та ‘брак чіткої визначеності кримінального законодавства України у частині (очевидної) відповідності того чи іншого акту поведінки, вчинюваного в межах співпраці з окупантом, ознакам певного складу кримінального правопорушення, унаслідок чого правозастосовувачі утримуються від

¹⁹ Є Письменський, *Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в Україні (кримінально-правові аспекти): науковий нарис* (Северодонецьк 2020) 101.

²⁰ Хавронюк (н 5).

²¹ Коломієць (н 15) 266.

здійснення кримінально-правової оцінки вчиненого як злочину через відсутність переконливої впевненості в її правильності²². Такі утилітарні причини, звичайно, мають місце, але реалізоване законодавче рішення тільки ускладнило кваліфікацію та не дуже позитивно вплинуло на зрозумілість кримінально-правових заборон, які з'явилися. Про останнє свідчить “підвищений попит” на роз'яснення того, за що ж таки встановлено кримінальну відповідальність у ст. 111¹ КК України. Як відомо, якісний закон роз'яснення не потребує.

Поряд із тим, головною, видається, є змістовна причина потреби диференціації кримінальної відповідальності за державну зраду та виокремлення таких її варіацій, як колабораційна діяльність. При цьому варто погодитись із Є. Письменським, який відзначив, що ‘з погляду забезпечення пропорційності впливу було б правильно за правовими наслідками диференціювати участь у підривної діяльності проти України <...>, що вчинені на окупованій території та поза її межами <...>’²³. Автор цілком слушно надає пом'якшуючого значення особливим умовам окупації у зв'язку з обмеженістю свободи вибору варіантів правомірної поведінки. Однак таке пом'якшення не повинно поширюватися на осіб, які вчиняють протиправну поведінку поза умовами окупації. Уявімо собі таку ситуацію: керівник одного з промислових підприємств, яке функціонує на контрольованій території України ще з 2014 р., провадить господарську діяльність через підставні юридичні особи із державою-агресором, поставляючи її підприємствам оборонного комплексу комплектуючі до військової техніки. За наявності інших необхідних ознак його поведінка повинна бути кваліфікована за ч. 1 ст. 111 КК України як державна зрада у формі надання допомоги іноземній державі у підривної діяльності проти України. 15 березня 2022 р. набрав чинності закон, яким у КК України введена ст. 111¹ “Колабораційна діяльність”, ч. 4 якої, поміж іншого, передбачає відповідальність за провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором. Враховуючи формулювання диспозиції ч. 4 ст. 111¹ КК України та її санкцію, ця стаття матиме зворотню дію щодо поведінки керівника підприємства. Максимальне покарання при цьому не буде перевищувати 5 років позбавлення волі та відповідні додаткові покарання, що, враховуючи можливість звільнення від покарання з випробуванням, взагалі може бути знівлено. Чи відповідатиме це небезпеці вчиненого та загальним принципам кримінального права – дуже сумнівно. Така ситуація означає, що у прийнятій нормі є помилка. Видається, що ця помилка пов'язана із відсутністю вказівки у цій та інших формах колабораційної діяльності на те, що вона можлива лише в умовах окупації. Відсутність таких умов означатиме відсутність

²² Письменський (н 19) 73–4.

²³ Там само 76.

причин для пом'якшення відповідальності. Саме тому вчинення будь-якої форми колабораційної діяльності без виключення повинно бути *de lege ferenda* пов'язано з окупацією. При цьому необхідні зміни у ст. 111¹ потрібно внести якомога швидше саме з метою усунення подібних колізій.

У ситуації, що склалася, до внесення змін у КК України і введення розмежувальної ознаки, яка дасть можливість відрізнити між собою склади кримінальних правопорушень, передбачених статтями 111, 111¹ та 111², можна спробувати використати підхід, що був запропонований Н. Антонюк для розмежування воєнних злочинів та загальнокримінальних кримінальних проступків – урахування контекстуального елементу²⁴. У нашому випадку змістом такого контекстуального елементу повинен стати контекст окупації: колабораційна діяльність здійснюється тільки у цьому контексті, в умовах окупації. Вчинення ж поведінки, яка по суті полягає у наданні іноземній державі (навіть державі-агресору) допомоги у підривної діяльності проти України не у контексті окупації та в її умовах, не повинно фактично пом'якшувати кримінальної відповідальності, а має тягнути її за ст. 111 КК України “Державна зрада”. Таким чином розв'яжеться проблема зворотної дії в часі кримінального закону, який пом'якшує кримінальну відповідальність. І особи, які, наприклад, провадили господарську діяльність із території України з державою-агресором ще до появи у КК України ст. 111¹ і не у контексті окупації, повинні бути покарані саме за державну зраду, а не за ч. 4 ст. 111¹ КК України у порядку зворотної дії кримінального закону.

Крім того, використання такого контекстуального елементу дасть можливість аргументувати й вирішення інших кримінально-правових проблем, які виникають із появою у КК України нормативного закріплення інших варіацій державної зради.

Так, 23 квітня 2022 р. набрав чинності закон, яким у КК України введено ст. 111² “Пособництво державі-агресору”. Причини такого законодавчого рішення, наведені у пояснювальній записці, не витримують критики, оскільки складається враження, що автори законопроекту не вважали за потрібне прочитати чинні на час реєстрації законопроекту положення статей 111 та 111¹ КК України і знову вказують на потребу ‘передбачити кримінальну відповідальність за будь-яку співпрацю з державою-агресором, її окупаційною адміністрацією та/або її збройними чи воєнізованими формуваннями на шкоду Україні’ (п. 3)²⁵. Тут, як і у попередньо-

²⁴ Н. Антонюк, ‘Наявність контекстуального елементу відрізняє воєнні злочини від “загальнокримінальних”’ (28.10.2022) <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1339593>> (дата звернення: 05.11.2022).

²⁵ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінально процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливості застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ

му аналізованому випадку жодної криміналізації не відбулося – ст. 111² навіть поза волею законодавця стала засобом диференціації кримінальної відповідальності за державну зраду, що передбачає відповідальність за певну варіацію останньої. При цьому у спеціальній літературі ухвалення цих змін до КК України оцінені негативно практично всіма авторами, які намагалися розібратися у правовій ситуації, що виникла у зв'язку із появою у КК України ст. 111² “Пособництво державі-агресору”. Ситуацію співвідношення між нормами, які закріплені у статтях 111 та 111¹, з одного боку, та ст. 111² – з другого, всі вчені кваліфікують як колізію кримінально-правового регулювання. Із цим варто погодитись, адже суперечність між метою та реальним станом, що виник у зв'язку із введенням у КК України певної норми, інакше як колізією правового регулювання назвати не можна. Щоправда, істотно відрізняються запропоновані правила подолання такої колізії. Так, М. Хавронюк, рекомендує використати правило *lex posterior derogat priori*, пропонує надати перевагу нормі, визначеній у ст. 111² КК України²⁶; Ю. Пономаренко, пропонує використати правило *lex specialis derogat generali* у колізії норм, передбачених статтями 111¹ та 111², перевагу надає статті про колабораційну діяльність²⁷; Р. Мовчан, у тій самій ситуації також пропонує перевагу ст. 111¹ КК України, але вже з урахуванням правила *in dubio pro reo*²⁸.

Ситуація колізії між нормами, закріпленими у статтях 111, 111¹ та 111² КК України, найкращим способом може бути вирішена за допомогою виключення із КК України ст. 111² “Пособництво державі-агресору”. Без цього рішення правозастосовувач вимушений буде застосовувати правила подолання колізії у два етапи: спочатку надати перевагу закону, який був ухвалений пізніше, і такому, що містить спеціальну норму, і кваліфікувати вчинену державну зраду за ст. 111² “Пособництво державі-агресору”, а не за ст. 111 “Державна зрада”. Потім другий етап: використовуючи правила про тлумачення сумнівів на користь особи, діяння якої кваліфікуються, та про пріоритет спеціальної норми, застосувати норму, визначену у ст. 111¹ “Колабораційна діяльність” КК України. Найкраще цю ситуацію ілюструє приклад із реалізацією рішення держави-агресора про проведення референдуму на тимчасово окупованій території. Дії громадянина України, який, наприклад, увійшов до складу відповідної комісії з проведення такого референдуму, одночасно підпадають під ч. 2 ст. 111, ч. 1 ст. 111² та ч. 5 ст. 111¹ і повинні бути кваліфіко-

національної та громадської безпеки” <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1247318>> (дата звернення: 05.11.2022).

²⁶ М. Хавронюк, ‘Кримінальна відповідальність за пособництво державі-агресору’ (Ракурс, 29.04.2022) <<https://racurs.ua/ua/b229-kriminalna-vidpovidalnist-za-posobnictvo-derjavi-agresoru.html>> (дата звернення: 05.11.2022).

²⁷ Пономаренко (н 9) 22.

²⁸ Мовчан (н 5).

вані лише за останньою з наведених тут статей – як участь у організації незаконного референдуму на тимчасово окупованій території.

Використання контекстуального елементу “в умовах окупації” призвело би до такого ж висновку, однак вдалось би уникнути двоетапного розмежування. Склади кримінальних правопорушень, що викладені у ст. 111¹ (особливо це стосується частин 4–6) та ст. 111² КК України, можна було б визначити суміжними за ознакою “в умовах окупації”.

Цю ж ознаку або як ознаку складу колабораційної діяльності *de lege ferenda*, або як контекстуальний елемент, можна використати і для розмежування складів кримінальних правопорушень, передбачених статтями 111¹ та 436² КК України.

Наука кримінального права та законотворча практика містять й інші пропозиції використання розмежувальних ознак для “упорядкування” співвідношення між нормами, які встановлюють відповідальність за різні варіації державної зради. Так, А. Музика запропонував визначення колабораційної діяльності із використанням такої ознаки:

<...> поняття “колабораційна діяльність” можна визначити як умисні діяння, спрямовані на допомогу державі-агресору, або збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або незаконним органам влади, створеним на такій території, зокрема, окупаційній адміністрації держави-агресора (співпраця з ними), вчинені громадянином України, іноземцем (крім громадян держави-агресора) чи особою без громадянства, за відсутності ознак державної зради²⁹.

При цьому не до кінця зрозуміло, про які ознаки державної зради тут йдеться. Якщо про ті родові, які наведено вище, то вони наявні. І взагалі практика використання “негативних” ознак у складах кримінальних правопорушень, видається, дуже переоцінена законодавцем у зв’язку із невизначеністю останніх. Так, можна навести приклади вдалого використання такої ознаки, що, зокрема, зроблено у ч. 3 ст. 114² КК України стосовно шпигунства. Натомість цілком не зрозумілим залишається питання, як можна вчинити поширення відповідної інформації, визначеної у частинах 1 або 2 ст. 114² з метою надання такої інформації державі, що здійснює збройну агресію проти України або її представникам одночасно за відсутності ознак державної зради (ч. 3 с. 114² КК України)? Хіба йдеться про вчинення таких дій не громадянином України, але ж це не та ознака, яка заслуговує на нормативне закріплення у диспозиції у формі “за відсутності ознак державної зради”.

²⁹ Музика (н 9) 113.

Щось подібне спостерігається й у ч. 6 ст. 111¹ КК України. Наявність аналізованої ознаки у цій нормі вже знайшла свої критичні відгуки серед науковців. Так, Н. Антонюк обґрунтовано зазначила, що

така вказівка практично не допомогла в розмежуванні означеного складу злочину із державною зрадою. Щоправда, вона дала підстави зробити беззастережний висновок про те, що ідеальної сукупності державної зради із колабораціонізмом у формі, що визначена ч. 6 ст. 111¹ КК України, не існує³⁰.

Розвиваючи думку авторки, відзначимо, що враховуючи характер співвідношення основної норми про державну зраду з іншими, які передбачають її варіації, кваліфікація за сукупністю кримінальних правопорушень можлива лише у випадку її реального різновиду.

Взагалі у чинному КК України ознака “за відсутності ознак державної зради” використана шість разів: ч. 6 ст. 111¹; ч. 3 ст. 114²; ч. 1 ст. 328; ч. 1 ст. 330; ч. 1 ст. 422 та ч. 1 ст. 431 КК України, п’ять з яких вона стосується такої форми державної зради, як шпигунство. Лише у ч. 1 ст. 431 КК України “Злочинні дії військовослужбовця, який перебуває у полоні” зміст цієї ознаки може бути поширено на інші форми посягання. Тому задля уникнення невизначеності можна запропонувати у ч. 6 ст. 111¹, ч. 3 ст. 114², ч. 1 ст. 328, ч. 1 ст. 330, ч. 1 ст. 422 КК України наявне формулювання цієї негативної ознаки змінити словами “за відсутності ознак шпигунства”.

Висновки. Підсумовуючи викладене, варто наголосити на тому, що у результаті ухвалення протягом березня–квітня 2022 р. змін до КК України, у кримінальному законодавстві з’явилася складна і суперечлива сукупність нормативних положень, які регулюють кримінальну відповідальність за різні варіації державної зради. Розбіжність між бажаним і дійсним породило колізії кримінально-правового регулювання, вирішенням яких може бути лише внесення змін до КК України: введення до всіх форм колабораційної діяльності, передбачених у ст. 111¹; ознаки “в умовах окупації”, або ухвалення базового регулятивного закону, в якому буде подане нормативне визначення поняття цього явища із використанням загальноновизнаних ознак колаборації; виключення з КК України ст. 111² “Пособництво державі-агресору”, що дасть можливість адекватно і без ускладнень кваліфікувати вчинене або за загальною нормою, передбаченою у ст. 111 КК України, або за спеціальними нормами, відображеними у ст. 111¹ КК України; використання розмежувальної негативної ознаки “за відсутності ознак державної зради” варто обмежити, змінивши редакцію відповідних положень на

³⁰ Антонюк (н 6) 63.

“за відсутності ознак шпигунства”, у такому разі сфера розмежування буде більш визначеною.

До впровадження відповідних змін варто використовувати ознаку “в умовах окупації” як таку, що іманентна будь-якій формі колабораційної діяльності за природою цього явища і є так званим контекстуальним елементом, використання якого дасть можливість упорядкувати правила застосування норм, у яких відображені варіації державної зради при кримінально-правовій оцінці вчиненого.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Pysmenskyi Ye, *Kolaboratsionizm yak suspilno-politychne yavyshe v Ukraini (kryminalno-pravovi aspekty): naukovyi narys* (Sievierodonetsk 2020) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Antoniuk N, ‘Derzhavna zrada i kolaboratsiina diialnist: pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii’ [2021] 4 (37) Slovo natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy 56–68 (in Ukrainian).
3. Berdnik I, Holovko M, ‘Osnovni oriientyry vidmezhuвання kolaboratsiinoi diialnosti vid sumizhnykh skladiv kryminalnykh pravoporushen’ (2022) 2 Nove ukrainske pravo 156–62 (in Ukrainian).
4. Demydova L, ‘Kryminalno-pravova otsinka umov voiennoho stanu ta periodu zbroinoho konfliktu pry kvalifikatsii derzhavnoi zrazy’ (2014) 28 Pytannia borotby zi zlochynnistiu 79–88 (in Ukrainian).
5. Mykhailutsa M, ‘Kryminalno-pravova pryroda derzhavnoi zrazy ta shpyhunstva’ [2017] 3 (2) Pravo i suspilstvo 199–203 (in Ukrainian).
6. Zahynei Z, ‘Nadannia dopomohy v provedenni pidryvnoi diialnosti proty Ukrainy yak sposib vchynennia derzhavnoi zrazy’ (2016) 3 Naukovyi chasopys Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy 86–101 (in Ukrainian).
7. Zaitsev O, Filipenko V, ‘Perekhid na bik voroha v umovakh voiennoho stanu abo period zbroinoho konfliktu yak odna z form vchynennia derzhavnoi zrazy’ [2017] 1 (77) Visnyk LDUVS imeni E O Didorenka 53–63 (in Ukrainian).

Theses

8. Konchuk N, ‘Kryminalna vidpovidalnist za derzhavnu zradu’ (dys kand yur nauk, 2019) (in Ukrainian).

Conference papers

9. Hazdaika-Vasylyshyn I, ‘Problemy kvalifikatsii kolaboratsiinoi diialnosti’ v *Kryminalno-pravovi vidpovidi na vyklyky voiennoho stanu v Ukraini: materialy mizhnar. nauk. konf.* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu uporiad ta zah red, Pravo 2022) 122 (in Ukrainian).
10. Kolomiets Yu, ‘Derzhavna zrada, vchynena v umovakh voiennoho stanu’ v *Yevropeiskyi vybir Ukrainy, rozvytok nauky ta natsionalna bezpeka v realiiakh masshtabnoi viiskovoi ahresii ta hlobalnykh vyklykiv XXI stolittia: materialy Mizhnar.nauk.-prakt. konf., t 2* (Helvetyka 2022) 268 (in Ukrainian).

11. *Kryminalno-pravovi vidpovidi na vyklyky voiennoho stanu v Ukraini: materialy mizhnar. nauk. konf.* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu uporiad ta zah red, Pravo 2022) 310 (in Ukrainian).
12. Muzyka A, 'Normy pro vidpovidalnist za kolaboratsiinu diialnist potrebuiut aktualnykh popravok' v *Kryminalno-pravovi vidpovidi na vyklyky voiennoho stanu v Ukraini: materialy mizhnar. nauk. konf.* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu uporiad ta zah red, Pravo 2022) 106 (in Ukrainian).
13. Myslyvyi V, 'Kryminalna vidpovidalnist za kolaboratsionizm v umovakh voiennoho stanu' v *Kryminalno-pravovi vidpovidi na vyklyky voiennoho stanu v Ukraini: materialy mizhnar. nauk. konf.* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu uporiad ta zah red, Pravo 2022) 118–9 (in Ukrainian).
14. Ponomarenko Yu, 'Osnovni vyklyky, shcho postaly pered kryminalnym pravom Ukrainy z pochatkom shyrokomasshtabnoi fazy viiny, ta vidpovidi zakonodavtsia na nykh' v *Kryminalno-pravovi vidpovidi na vyklyky voiennoho stanu v Ukraini: materialy mizhnar. nauk. konf.* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu uporiad ta zah red, Pravo 2022) 22 (in Ukrainian).

Newspaper articles

15. Khavroniuk M, 'Kolaboranty z tochky zoru Kryminalnoho kodeksu' (*Rakurs*, 20.04.2022) <<https://racurs.ua/b222-kolaboranti-z-tochki-zoru-kryminalnoho-kodeksu.html>> (accessed: 04.11.2022) (in Ukrainian).
16. Khavroniuk M, 'Kryminalna vidpovidalnist za posobnytstvo derzhavi-ahresoru' (*Rakurs*, 29.04.2022) <<https://racurs.ua/ua/b229-kryminalna-vidpovidalnist-za-posobnytstvo-derzhavi-agresoru.html>> (accessed: 05.11.2022) (in Ukrainian).

Websites

17. Antoniuk N, 'Naiavnist kontekstualnoho elementu vidrizniaie voieni zlochyny vid "zahalnokryminalnykh"' (28.10.2022) <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1339593>> (accessed: 05.11.2022) (in Ukrainian).
18. Movchan R, "'Voienni" onovlennia Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: shcho varto urakhuvaty hromadianam ta pravozastosovtsiam i shcho zabuv urakhuvaty zakonodavets. Chasty ny 1–7 <<https://cutt.ly/dHhk4xg>> (accessed: 04.11.2022) (in Ukrainian).

Oleksandr Marin

CRIMINAL-LAW VARIATIONS OF HIGH TREASON
IN THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

ABSTRACT. The normative regulation of criminal liability for high treason has become much more complicated since the beginning of the active phase of Russian aggression against Ukraine. The Criminal Code of Ukraine has been amended by new criminal law norms, which, expectedly, have entered into systemic relations with the already existing prohibitions, creating quite serious both theoretical and practical problems associated with their application. This necessitates a scientific audit of the system of norms and provisions that reflect the criminal-law variations of high treason in the Criminal Code of Ukraine.

The purpose of this article is to change the perspective of the analysis of the state of criminal-law regulation of liability for high treason, to determine the adequacy of

reflecting its variations in the current Criminal Code of Ukraine, their correlation with each other and to outline possible directions for improvement of such regulation.

The most abstract form of high treason, which covers essentially all other types of such criminally punishable behavior, is assistance in subversive activities against Ukraine provided to a foreign state, a foreign organization or their representatives. The legal meaning of the feature “under martial law”, that is specified in Part 2 of Art. 111 of the Criminal Code of Ukraine, is twofold: it can act as a feature that qualifies the encroachment provided for in Part 1 of the same Article, and it also acts as a constitutive feature of such a form of high treason as joining the enemy. In other words, joining the enemy under martial law, even without a period of armed conflict, should entail criminal liability under Part 2 of Art. 111 of the Criminal Code of Ukraine. The main flaw in the legislative solution to the problem of criminal liability for collaboration is, it seems, a conceptual approach, according to which the concept of this phenomenon is reflected in the criminal law by establishing criminal liability for various forms of relevant behavior in the absence of a generic notion that would determine the necessary essential features of this phenomenon as a whole.

In the current situation, before making changes to the Criminal Code of Ukraine and introducing a demarcation feature that will make it possible to distinguish different variations of high treason, we can try using a so-called contextual element. In our case, the content of such a contextual element should be the context of the occupation: collaboration, unlike other variations of high treason, is carried out only in this context – under occupation.

KEYWORDS: high treason; collaboration; facilitation to the aggressor state; correlation between criminal-law norms and between corpus delicti of criminal offenses.



Микола Рубашенко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-4969-8780>
rubaschenko@gmail.com

УДК 343.301(477)

ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ПУБЛІЧНИХ ЗАКЛИКІВ ТА ЗАПЕРЕЧЕНЬ ЯК ІНФОРМАЦІЙНИХ ДІЯНЬ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню особливостей заклику та заперечення як інформаційних діянь і специфіки їх правової оцінки. Аналізується структура заклику та заперечення, визначаються обов'язкові їх компоненти. Висвітлюються можливі форми зовнішнього вираження інформаційних діянь. З'ясовується публічність як ознака закликів та заперечень, критикується законодавче її визначення. Акцентується увага на співвідношенні публічного заклику до діяння та підбурювання до кримінального правопорушення.

Мета статті – з'ясування особливостей публічних закликів та заперечень і формулювання рекомендацій та однозначних підходів до їх кваліфікації.

Основні результати дослідження полягають у встановленні єдиної інформаційної природи заклику та заперечення й окресленні на основі цього особливостей їх кваліфікації: для констатації заклику та заперечення встановлюються їхні обов'язкові компоненти – відомості про діяння, до яких закликається адресат, і спонування (для публічних закликів), вказівки на визначені законом факти та на їх невизнання (для заперечень); проведення лінгвістичної експертизи не є обов'язковим, воно є бажаним у складних ситуаціях, однак висновок експерта не є правовою кваліфікацією; заклик може виражатися усно, письмово, а також через паралінгвістичні засоби, серед яких особливої уваги заслуговує контекст; заперечення можуть не бути спонукальними; публічність має трактуватися як повідомлення інформації значному колу осіб; публічні заклики не містять ознак співучасті, завдяки чому вони відрізняються від підбурювання до кримінального правопорушення.

У висновку формулюються основні особливості закликів і заперечень як інформаційних діянь, засновані на тому, що вони мають як спільні, так і відмінні риси. Констатується, що висловлення заклику серед значного, але визначеного кола осіб, слід вважати публічним, а також те, що заклик має відмінну природу від підбурювання до злочину.

Ключові слова: кримінальна відповідальність; публічні заклики; заперечення; кваліфікація злочину; колабораціонізм.

У кримінальному праві залежно від характеру та сфери здійснення впливу прийнято виділяти фізичні та інформаційні дії¹. Перші – це типові види злочинної поведінки, які можна вважати “класикою” кримінального права (крадіжка, розбій, зґвалтування, вбивство, тілесне ушкодження). Головним чином саме на вивченні закономірностей учинення фізичної поведінки за допомогою м’язової сили людини, зокрема і з використанням певних предметів чи механізмів, засновано всі існуючі інститути Загальної частини Кримінального кодексу України (далі – КК України)². Натомість природа й особливості інформаційних діянь стали предметом цілеспрямованих досліджень криміналістів лише з початком інформаційного буму в середині 2000-х років.

Під інформаційними діями розуміються акти поведінки, що полягають у переданні однією особою інформації іншим особам і завжди виражаються у словесній (вербальній) чи іншій знаковій формі – усній чи письмовій, а також у подібних діях, що несуть інформацію³. До таких дій належать і публічні заклики до вчинення певних діянь та заперечення певних фактів. Нині публічні заклики як інформаційні діяння згадуються у КК України в дев’ятих випадках (ч. 2 ст. 109, ч. 1 ст. 110, ч. 1 ст. 111¹, ч. 5 ст. 111¹, ч. 1 ст. 258², ч. 1 ст. 295, ч. 1 ст. 299, ст. 436, ч. 2 ст. 442). Тоді як заперечення певних фактів криміналізовано в двох статтях (ч. 1 ст. 111¹ та ст. 436²). У практичній площині вони переважно стосуються інформації, поширення якої створює загрозу заподіяння шкоди основним об’єктам національної безпеки України в інформаційній сфері та пов’язані з агресією Російської Федерації проти України, що розпочалася у 2014 р.

Недостатнє дослідження інформаційної природи таких діянь, помножене на серйозні виклики інформаційній безпеці України в умовах сьогодення, породжують практичні проблеми в застосуванні відповідних норм.

Метою дослідження є з’ясування особливостей публічних закликів і заперечень порівняно з іншими кримінальними правопорушеннями та вироблення з урахуванням таких особливостей практичних рекомендацій та однозначних підходів до їх кваліфікації.

Особливості заклику як інформаційної дії

Зміст заклику. Семантично “закликати” означає звертатися до певної групи людей з метою залучити їх до виконання якогось важливого завдання, вимоги, а так само пропонувати діяти в певному напрямі, пев-

¹ О Дудоров, ‘Об’єктивна сторона злочину’ в Навроцький В (ред), *Українське кримінальне право. Загальна частина: підручник* (Юрінком Інтер 2013) 187.

² Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 05.11.2022).

³ М Панов, С Харитонов, ‘Кримінальне правопорушення: поняття та його види’ (2021) 3 *Право України* 32.

ним чином поводити себе⁴. Заклик – це інформаційна дія, повідомлення відомостей адресату, які за своїм змістом спрямовані викликати в нього бажання (намір) учинити дії чи бездіяльність, визначені в кримінальному законі. Маючи інформаційну природу, заклик є різновидом комунікації, а механізм повідомлення відомостей складається принаймні з суб'єкта заклику (комунікатор), адресата заклику – “публіки” (реципієнт) та самого повідомлення – доведеної до відома адресата інформації в певній формі.

Інформація, яка повідомляється суб'єктом, часто є значною за обсягом, нерідко висловлюється у різні проміжки часу, характеризується різноплановістю – стосується різних тем (питань). З цієї точки зору заклик, учинений конкретним суб'єктом, як і будь-яке кримінальне правопорушення, характеризується великим масивом конкретних ознак, лише частина з яких мають юридичне значення, і тільки окремі – вплив на кваліфікацію. Однак якого б обсягу не була повідомлювана інформація, для констатації предмету кримінального правопорушення (і відповідно – кваліфікації публічного заклику) потрібно встановити два компоненти її змісту, які утворюють юридичну структуру кожного з караних видів закликів.

Перший – це основні відомості про діяння, на вчинення яких указує суб'єкт заклику. Ці відомості безпосередньо вказуються законодавцем при описі відповідного виду публічних закликів у диспозиції статті (частини статті) і є обов'язковими для кваліфікації вчиненого як заклику. До прикладу, для публічних закликів, передбачених ч. 2 ст. 109 КК України, такими є: 1) вказівка на зміну конституційного ладу (наприклад, зміну форми державного устрою чи демократичного режиму на недемократичний), його повалення чи захоплення державної влади; 2) вказівка на насильницький спосіб таких дій (зокрема, зміни конституційного ладу). Для публічних закликів, передбачених ст. 110 КК України, такими є вказівки на: 1) зміну меж території України; 2) здійснення такої зміни у спосіб, що не передбачений Конституцією⁵ (без проведення всеукраїнського референдуму, проголошеного Верховною Радою України).

Другий – це спонукальні відомості. Інформація, що повідомляється у процесі заклику, має бути спрямованою на схилення адресата до вчинення діянь, що утворюють перший обов'язковий компонент. При цьому така спрямованість є об'єктивною за своєю природою і характеризується високим потенціалом до генерування у тих осіб, до відома яких вона доводиться, наміру учинити відповідні діяння. З суб'єктивної сторони не потрібно доводити, що суб'єкт заклику мав на меті здійснен-

⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови (Бусел В уклад і голов ред, Перун 2005) 395, 403.

⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 05.11.2022).

ня успішного (результативного) впливу на адресата, і тим більше, бажання вчинення відповідних діянь у майбутньому. Суб'єкт заклику, наприклад, може не мати бажання зміни меж території України, не має мети, щоб унаслідок заклику хтось із “публіки” під його впливом розпочав дії зі зміни меж території, але все ж закликати, керуючись корисливим мотивом (отримати гроші за інтерв'ю чи виступ на мітингу). Суб'єктивна сторона закликів представлена прямим умислом, тобто достатньо встановити усвідомлення суб'єктом суспільно небезпечного характеру повідомлюваних відомостей і бажанням таке повідомлення вчинити.

Спонукальна (схильна) природа заклику відрізняє його від звичайного висловлювання, адже, як відомо, вирізняють спонукальні та констатуючі висловлювання⁶. В останньому випадку, воно може бути правомірним способом реалізації права на свободу вираження поглядів (*freedom of expression*). Наприклад, якщо особа спеціально обмовляється про те, що це її власна точка зору і вона нікого не закликає до вчинення яких-небудь дій, але вважає, що змінити межі території держави можна і без проведення референдуму. За відсутності в її висловлюванні інших відомостей, які можна було б вважати спонукальними, воно буде лише визнанням правомірності не передбаченого Конституцією України способу територіальних змін, яке однак за чинним КК України саме собою не криміналізовано.

Спонукування до вчинення дій виражається різноманітними словесними формами, як то “давайте”, “повинні”, “варто”, “необхідно”, “настав час...”, “найбільш правильний крок...”, “це наш єдиний вихід...” тощо. Однак нерідко складові компоненти змісту заклику (особливо – спонукальний) приховані за складними та ретельно вивіреними формулюваннями, які планомірно обґрунтовують чи виправдовують не лише принципovu можливість учинення відповідних злочинних діянь (наприклад, те, що історично такі випадки траплялися, зокрема й на прикладі інших держав), а й *de-facto* їхня необхідність, потрібність, бажаність тощо. Це означає, що обґрунтування, виправдання чи визнання правомірними вчинення певних діянь, якщо вони не криміналізовані самі собою (як, наприклад, за ст. 436² КК України), за вказаних умов можуть бути кваліфіковані як заклики до вчинення таких діянь.

З'ясування змісту заклику з використанням спеціальних знань. Зазначені вище складнощі інтерпретації тексту обумовлюють потребу у використанні спеціальних знань і призначенні експертизи. Згідно з Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень одним із основних підвидів криміналістичної експертизи є лінгвістична експертиза мовлення (п. 1.2.1). Зі свого боку у Науково-методичних рекомендаціях з питань підготовки та призначення судо-

⁶ М Філоненко, *Психологія спілкування: підручник* (Центр учб л-ри 2008) 27.

вих експертиз та експертних досліджень виділяється такий її різновид, як семантико-текстуальна експертиза усного та письмового мовлення, за допомогою якої встановлюються зміст понять, лексичні значення слів і словосполучень, їх стилістична забарвленість, смислове навантаження, характер інформації тощо (п. 2)⁷.

Проте необхідно зауважити, що висновок експерта за результатами таких досліджень не є правовою кваліфікацією і підлягає оцінці в сукупності з іншими доказами. Крім того, чинний Кримінальний процесуальний кодекс України не передбачає випадків обов'язкового призначення судово-лінгвістичної експертизи (ч. 2 ст. 242), тобто за можливості (зокрема, коли досліджуваний об'єкт є короткою фразою, а використані словесні форми звичними, простими) сторони та суд легко можуть ідентифікувати обов'язкові компоненти заклику або встановити їхню відсутність і без висновку експерта⁸. Прикладом самостійного аналізу висловлювань на предмет наявності в них заклику може бути вирок Центрального районного суду Миколаєва від 18 липня 2014 р. у справі № 490/8181/14-к, у якому обвинувачення було визнано частково необґрунтованим, а саме в частині тексту, що був виконаний у публіцистичному стилі, не мав характеру звернення та був сповнений риторичних запитань⁹.

Форми вираження заклику. Указані вище відомості, що утворюють заклик, можуть бути представлені в різних формах і в різний спосіб доводиться до відома адресата. Спілкування (комунікація) може здійснюватись як із використанням вербальних засобів (через мову, мовні знаки), так і невербальних¹⁰. Залежно від органів чуття, які задіюються у процесі сприйняття адресатом інформації, варто виокремити такі форми вираження заклику через вербальні засоби комунікації, як усна (на слух), письмова (зорове сприйняття), тактильна (на дотик), змішана (поєднання попередніх форм). Слід мати на увазі, що різні компоненти заклику можуть бути повідомлені в різній формі.

Для констатації наявності заклику потрібно досліджувати і невербальні (паралінгвістичні) засоби передачі інформації, що використовувались суб'єктом, серед яких виділяють засоби фонації (тембр, інтонація, дикція тощо), жести і міміку, засоби кінесики (мова тіла) та контекст¹¹. Щодо останнього слід мати на увазі, що текст конкретного висловлю-

⁷ Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: наказ Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text>> (дата звернення: 05.11.2022).

⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>> (дата звернення: 05.11.2022).

⁹ Вирок Центрального район. суду міста Миколаєва від 18 липня 2014 р. у справі № 490/8181/14-к <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/39863781>> (дата звернення: 05.11.2022).

¹⁰ Філоненко (н 6) 28.

¹¹ Я Романцова, 'Паралінгвістичні засоби комунікації' [2021] 47 (2) Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Філологія 83–4.

вання не перебуває в ізольованому просторі, а повідомляється (демонструється, поширюється) у конкретній ситуації і не безвідносно до неї. Суб'єкт заклику може спиратися на текст інших осіб, демонстрацію відеоряду, зображень чи іншу візуалізацію або певні події, що відбуваються паралельно з його повідомленням або відбулися незадовго до цього. За доведення усвідомлення змісту таких фонових відомостей суб'єктом вони можуть вважатися частиною повідомлюваного ним тексту і сукупно оцінюватись як заклики. До прикладу, якщо в промові суб'єкта йдеться про необхідність зміни конституційного ладу України і він усвідомлює, що його висловлювання супроводжуються відеорядом, який вказує на насильницький спосіб, то вчинене загалом може кваліфікуватись як заклики до насильницької зміни конституційного ладу України (ч. 2 ст. 109 КК України).

Заклики vs. діяння, до яких закликається адресат. Загалом у КК України простежується законодавчий підхід, відповідно до якого кримінальну відповідальність тягнуть за собою тільки ті заклики, якими адресат схиляється до вчинення діянь, що самі собою є кримінальними правопорушеннями. Водночас у статтях 109 і 110 КК України публічні заклики (й альтернативне до них діяння – розповсюдження матеріалів із закликами) є або окремими видами (ч. 2 ст. 109 КК України), або ж взагалі – альтернативними формами (ст. 110 КК України) злочину, самостійним видом (формою) якого є діяння, що виражене формулюванням “дії, вчинені з метою...”. Формально будь-яка дія може утворювати об'єктивну сторону такого злочину, якщо вона була вчинена з метою насильницької зміни конституційного ладу, його повалення чи захоплення державної влади – за ч. 1 ст. 109 КК України, зміни меж території України або державного кордону – за ст. 110 КК України. Зважаючи на те, що заклики також є дією і може вчинюватися з відповідною метою, постає запитання: чи може він кваліфікуватися саме як “дії, вчинені з метою...”, а не як публічний заклики до таких дій?

Особливості характеру суспільної небезпечності публічних закликів та розповсюдження матеріалів із закликами обумовлені тим, що умисел суб'єкта заклику згідно з законодавчою конструкцією цих форм повністю вичерпується вчиненням самих інформаційних дій – публічних закликів або розповсюдження матеріалів, а можливість безпосереднього впливу на конституційний лад, державну владу чи територію України або здійснення такого впливу є тільки наслідком ознайомлення зі змістом інформації інших осіб та характеризує дії вже цих осіб¹². Тому, за загальним правилом, ці форми злочинної поведінки за статтями 109 і 110 КК Украї-

¹² М Рубашенко, *Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України* (Право 2016) 71.

ни навіть за доведеності в суб'єкта відповідної мети мають кваліфікуватися як інформаційні діяння.

Як виняток, публічні заклик та розповсюдження матеріалів із закликами можуть кваліфікуватися як "дії, вчинені з метою...", якщо вони були лише складовими єдиного плану сукупності дій із досягнення мети, наприклад, захоплення державної влади або зміни меж території України.

Особливості заперечення як інформаційної дії

Найбільшою новизною з-поміж інших суспільно небезпечних діянь, відповідальність за які було передбачено змінами до КК України після 23 лютого 2022 р., вирізняються публічні заперечення певних фактів. Якщо публічні заклики вже достатньо давно відображені у вітчизняному кримінальному законодавстві, то злочини заперечення були криміналізовані вперше. При цьому така криміналізація не є винаходом вітчизняного законодавця. Злочини заперечення вже десятки років як криміналізовані в багатьох країнах Європейського Союзу (*denial crimes*). У більшості випадків ідеться про заперечення Голокосту (*Holocaust denial*), в окремих випадках – геноциду взагалі (*genocide denial*), рідше – військових злочинів та злочинів проти людства загалом¹³.

Заперечення – це інформаційне діяння, яке полягає у висловлюванні (повідомленні, проголошенні) у будь-якій формі інформації, змістом якої є непогодження, висловлення незгоди щодо існування/дійсності факту збройної агресії проти України та/або встановлення й утвердження тимчасової окупації частини території України. На відміну від заклику, заперечення може й не містити спонукального (схиляльного) компоненту відомостей і полягати виключно у висловленні своєї думки, позиції чи ставлення, зокрема й за відсутності спрямованості викликати в інших осіб намір (бажання) заперечувати відповідні факти.

Заперечення може бути як простим невизнанням ("чисте" невизнання), так і поєднаним з обґрунтуванням незгоди, наведенням аргументів для переконання інших осіб, які самі собою можуть містити ознаки іншого кримінального правопорушення, наприклад, публічних закликів до неконституційної зміни меж території України (ст. 110 КК України), і кваліфікуватися за правилом сукупності кримінальних правопорушень.

Структурно заперечення, як інформаційна дія, повинна містити два види відомостей (два компоненти):

1) вказівку на факт, який визначений у кримінальному законі, та якого стосується заперечення (невизнання). Незгода суб'єкта має стосуватися хоча б одного з фактів або їх обох: а) здійснення збройної агресії проти України (ч. 1 ст. 111¹ КК України), здійснення збройної агресії Російської

¹³ Legislation on denial crimes. Transitional Justice and Memory in the EU <<http://www.proyectos.cchs.csic.es/transitionaljustice/content/legislation-denial-crimes>> (accessed: 05.11.2022).

Федерації проти України, розпочатої у 2014 р. (ч. 1 ст. 436² КК України), або б) тимчасової окупації частини території України (ч. 1 ст. 436² КК України), її встановлення та утвердження (ч. 1 ст. 111¹ КК України);

2) невизнання вказаного факту (фактів), яке з лінгвістичної точки зору може виражатися у використанні позитивної словесної форми (наприклад, визнання Криму частиною Російської Федерації), або негативної, НЕ-форми (наприклад, невизнання Криму тимчасово окупованим).

Публічність заклику/заперечення

Повідомлення невизначеному колу осіб. Публічним вважається висловлення заперечення/заклику до невизначеного кола осіб, зокрема в мережі Інтернет або за допомогою засобів масової інформації (п. 1 примітки до ст. 111¹ КК України). Законодавець уперше закріпив визначення публічності безпосередньо в кримінальному законі, поклавши в основу традиційний для кримінального права підхід, що базується на критерії невизначеного кола осіб. Основний наслідок цього визначення полягає у тому, що воно однозначно виводить із-під сфери застосування ч. 1 ст. 111¹ КК України випадки, коли заклики/заперечення звернені до однієї особи чи кількох знайомих для суб'єкта заклику осіб.

Однак сама “невизначеність” кола осіб може вказувати як на невизначеність адресата (“публіка” незнайома винному або ж включає й тих осіб, яких він не знає), так і на невизначеність у кількості (суб'єкту заклику невідомо, якій саме кількості осіб повідомляється закликом, скільки саме осіб можуть ознайомитися з ним). Будь-який із цих варіантів буквального трактування, навіть якщо їх розглядати кумулятивно, ставить під сумнів кваліфікацію заклику як публічного в разі, якщо коло осіб було значним, але визначеним. Наприклад, на зборах трудового колективу підприємства, що охоплює сотню членів, керівник проголошує заклики або заперечення. При цьому керівник точно знає кількість присутніх і кожного з них, наймає їх на роботу, працює з ними тривалий час, спілкується тощо. Тому, як убачається, висловлення заклику невизначеному колу осіб слід розуміти як ознаку, яка вказує на необхідність відмежувати публічний закликом від непублічного, коли він повідомляється в приватних бесідах переважно знайомих між собою людей, кількість яких є незначною. Однак висловлення заклику чи заперечення серед значного (широкого) кола осіб, яке при цьому є визначеним у кількості та/або в адресаті, слід вважати публічним.

Мінімальне число цих осіб законодавчо не визначено, а тому для констатації публічності достатність у кількості визначається судом з урахуванням конкретних обставин справи (місця, часу, способу, форми заклику/заперечення, характеру стосунків з адресатом тощо). Так, напевно чи можна вважати публічним заперечення, висловлене суб'єктом

під час дискусії вдома з членами його сім'ї або, скажімо, під час бесіди в компанії друзів чи сусідів, що зібралися на лавці біля під'їзду багато-квартирного будинку. Водночас публічним є заперечення, проголошене особою на міській площі, спрямоване на кожного, хто може йти повз, але фактично доведене до відома лише кількох незнайомих.

Момент закінчення публічних закликів. Із публічністю заклику/заперечення пов'язаний і момент їх закінчення. Склад публічних закликів та публічних заперечень є формальним, тобто такі інформаційні діяння вважаються закінченими з моменту доведення змісту закликів/заперечень до відома так званого невизначеного кола осіб. Однак це не означає, що з точки зору доказування вимагається доведення їх сприйняття конкретними особами, отримання показань від значної кількості свідків про це та підтвердження під час судового розгляду. Доведення до відома невизначеного кола осіб поза розумним сумнівом може встановлюватися, до прикладу, за допомогою показань одного свідка, який повідомляє, що заклик чи заперечення висловлювалися серед значної кількості людей і він був одним із них, або відеозаписом такого висловлювання, з якого зрозуміло, що заклик був сприйнятий невизначеним колом осіб. У випадку проголошення заклику або розповсюдження матеріалів із закликом через засоби масової комунікації (зокрема й інтернет) достатньо встановити кількість користувачів (зокрема й підписників, "друзів"), яким унаслідок публікації чи демонстрації матеріалу став доступний для сприйняття його зміст.

Оскільки для повної реалізації умислу на вчинення публічних закликів достатньо довести їх до відома адресата ("публіки"), з чим і пов'язаний момент їх закінчення, то це породжує низку важливих висновків:

- 1) для кваліфікації немає значення, чи здійснив заклик той інформаційний вплив, який від нього очікувався, чи був він результативним, тобто чи вчинив хто-небудь відповідне діяння внаслідок впливу заклику;
- 2) якщо ж публічний заклик виявився результативним, наприклад він був сприйнятий іншою особою, яка внаслідок цього публічно заперечила факт окупації, то таке діяння вже буде результатом реалізації умислу цієї особи. Результативність заклику ніяк не відображається на кваліфікації дій суб'єкта заклику, однак може підлягати врахуванню у межах загальних засад призначення покарання (статті 65–67 КК України).

Публічний заклик і підбурювання до кримінального правопорушення. Дії особи, якій заклик було повідомлено, і яка внаслідок цього вчиняє кримінальне правопорушення, до якого закликала "публіка", підлягають самостійній кваліфікації за тими статтями КК України, що передбачають відповідальність за його вчинення (наприклад, за статтями 109, 110, 111, 111¹, 111², 113, 114¹ і т. д.). При цьому співучасть у вчиненні кримінального правопорушення між суб'єктом заклику та тим, хто

піддався його впливу, не виникає, оскільки в разі скоєння публічних закликів виключається взаємна поінформованість (двосторонній суб'єктивний зв'язок), як ознака співучасті (наприклад, дії суб'єкта заклику кваліфікуються за ч. 2 ст. 109 КК України, а дії особи, яка піддалася їх впливу і вчинила дії, з метою захоплення державної влади, – за ч. 1 ст. 109 КК України).

У протилежному випадку, тобто в разі наявності двостороннього суб'єктивного зв'язку та інших ознак співучасті, акт схиляння кваліфікується як підбурювання до відповідного кримінального правопорушення, а не як публічний заклик до нього. Наприклад, на загальних зборах місцевого осередку політичної партії керівник закликав до озброєння і фізичної ліквідації осіб, що обіймають визначальні посади в державі, оголосивши план поступового захоплення влади з чітким розподілом функцій серед членів осередку, які погодились та приступили до його реалізації. У такому разі його дії кваліфікуватимуться як організація дій з метою захоплення державної влади (ч. 3 ст. 27, ч. 1 ст. 109 КК України).

Водночас не виключається і реальна сукупність публічного заклику до відповідного діяння та підбурювання до нього. Наприклад, якщо суб'єкт спершу публічно закликав до зміни меж території України без проведення всеукраїнського референдуму, після чого схилив до конкретних дій, спрямованих на таку зміну, зацікавленого слухача, що відгукнувся на проголошений заклик, то його дії підлягають кваліфікації за ч. 1 ст. 110 КК України (публічний заклик до дій з метою зміни меж території України) і ч. 4 ст. 27, ч. 2 ст. 110 КК України (підбурювання до дій з метою зміни меж території України за ознакою повторності).

Висновки. Заклик і заперечення є особливими видами інформаційних дій, полягають у повідомленні визначених у законі відомостей адресату. Заклик спрямований викликати в адресата бажання (намір) учинити діяння, що саме собою передбачене КК України як кримінальне правопорушення. Заперечення може й не мати спонукального характеру. Для констатації заклику та заперечення потрібно встановити два компоненти їхнього змісту: 1) основні відомості про діяння, на вчинення яких указує суб'єкт заклику, та спонукальні відомості – при вчиненні заклику; 2) вказівку на факт, який визначений у кримінальному законі, та якого стосується заперечення і невизнання вказаного факту (фактів) – при вчиненні заперечення.

Обґрунтування, виправдання чи визнання правомірними вчинення певних діянь, якщо вони окремо не криміналізовані, можуть бути кваліфіковані як заклики до вчинення таких діянь за умови наявності в їх змісті спонукального компоненту. Для констатації наявності заклику потрібно досліджувати і невербальні засоби передачі інформації, особ-

ливе значення серед яких набуває контекст. Контекст здійснюваного висловлювання, за його усвідомлення суб'єктом заклику, може враховуватись як окремий компонент заклику.

Висловлення заклику невизначеному колу осіб слід розуміти як ознаку, яка вказує на необхідність відмежовувати публічний заклик від непублічного, коли він повідомляється у приватних бесідах переважно знайомих між собою людей, кількість яких є незначною. Однак висловлення заклику чи заперечення серед значного (широкого) кола осіб, яке при цьому є визначеним у кількості та/або в адресаті, слід вважати публічним.

Співучасть у вчиненні кримінального правопорушення між суб'єктом заклику та тим, хто піддався його впливу, як правило, не виникає. За наявності ознак співучасті, акт схиляння кваліфікується як підбурювання до відповідного кримінального правопорушення, а не як публічний заклик до нього. Не виключається і реальна сукупність публічного заклику до відповідного діяння та підбурювання до нього.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Filonenko M, *Psykhologhiia spilkuвання: pidruchnyk* (Tsentр uchb l-ry 2008) (in Ukrainian).
2. Rubashchenko M, *Kryminalna vidpovidalnist za posiahannia na terytorialnu tsilisnist i nedotorkannist Ukrainy* (Pravo 2016) (in Ukrainian).

Edited books

3. Dudorov O, 'Ob'iektivna storona zlochyну' v Navrotskyi V (red), *Ukrainske kryminalne pravo. Zahalna chastyna: pidruchnyk* (Iurinkom Inter 2013) 187 (in Ukrainian).

Dictionaries

4. *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy* (Busel V uklad i holov red, Perun 2005) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Panov M, Kharytonov S, 'Kryminalne pravoporushennia: poniattia ta yoho vydy' (2021) 3 Pravo Ukrainy 32 (in Ukrainian).
6. Romantsova Ya, 'Paralinhvistychni zasoby komunikatsii' [2021] 47 (2) Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Ser.: Filologhiia 83–4 (in Ukrainian).

Websites

7. Legislation on denial crimes. Transitional Justice and Memory in the EU <<http://www.proyectos.cchs.csic.es/transitionaljustice/content/legislation-denial-crimes>> (accessed: 05.11.2022).

Mykola Rubashchenko

SPECIFICS OF THE QUALIFICATION OF PUBLIC CALLS AND DENIALS AS INFORMATIONAL ACTIONS

ABSTRACT. The article is devoted to the study of the specifics of public calls and denials as informational acts and the specifics of their legal qualification. The structure of calls and denials is analyzed, and their mandatory components are determined. Possible forms of external expression of information actions are highlighted. Publicity is clarified as a sign of calls and denials, its legal definition is criticized. Attention is focused on the correlation between a public call to an action and incitement to a criminal offense.

The purpose of the article is to clarify the specifics of public calls and denials in comparison and to formulate recommendations and unambiguous approaches to their qualification.

The main results of the research consist in establishing the same informational nature of calls and denials, and on the basis of this in outlining the specifics of their qualification: to ascertain calls and denials it is necessary their mandatory components to establish – information about the actions to which the addressee is called, and incitement (for public calls), indications of facts determined by law and their non-recognition (for denials); conducting a linguistic examination is not mandatory, it is desirable in difficult situations, however, the expert's opinion is not a legal qualification; the calls can be expressed orally, in writing, as well as through paralinguistic means, among which the context deserves special attention; denials may not be incitement; publicity should be interpreted as the spreading of information to a large number of persons; public call isn't a type of complicity in a crime.

The conclusion formulates the main features of calls and denials as information acts, based on the fact that they both have common and distinctive features. It is stated that the expression of a call to a significant but defined circle of persons should be considered public, and that the call has a different nature from complicity in a crime.

KEYWORDS: criminal responsibility; public calls; denial crimes; qualification of a crime; collaborationism.



Андрій Беніцький

кандидат юридичних наук, професор,
 професор кафедри професійних та спеціальних дисциплін
 Херсонського факультету
 Одеського державного університету внутрішніх справ
 (Одеса, Україна)
 ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9505-4495>
benitskyi@ukr.net

УДК 343.322/9.024:336.7(477)

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ЗЛОЧИНІВ, ПЕРЕДБАЧЕНИХ Ч. 4 СТ. 111¹ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ, ТА РОЗМЕЖУВАННЯ ЇХ ІЗ СУМІЖНИМИ СКЛАДАМИ ЗЛОЧИНІВ

Анотація. Стаття присвячена проблемам кримінально-правової кваліфікації передачі матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора; провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора.

Серед правоохоронних органів та суду немає єдиного підходу щодо застосування кримінально-правових норм, які пов'язані із запобіганням колабораційної діяльності, пособництвом державі-агресору та суміжними складами злочинів проти основ національної безпеки України. Помилки в кримінально-правовій кваліфікації, які виникають у правозастосувачів, призводять до незаконного притягнення до відповідальності осіб за ст. 111¹ або ст. 111² Кримінального кодексу України (КК України), або навпаки – уникнення колаборантів від кримінальної відповідальності.

Завдяки проведеному кримінально-правовому аналізу злочину, передбаченого ч. 4 ст. 111¹ КК України, встановлено притаманні йому ознаки, доведено значущість обставин, при яких колаборант погодився взаємодіяти із представниками держави-агресора, встановлення мети, якою він керувався при наданні згоди на співпрацю, а також інших об'єктивних і суб'єктивних ознак, які допомагають розмежовувати форми колабораційної діяльності із суміжними складами злочинів проти основ національної безпеки України.

У статті обґрунтовується, що при наявності у винної особи, яка передає матеріальні ресурси збройним формуванням, спеціальної мети – завдати шкоду інтересам України, то такі дії повинні кваліфікуватись за ознаками ст. 111² КК України, а у тих випадках, коли громадянин України надає матеріальні ресурси представникам держави-агресора з метою надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України, то його діяння містять ознаки державної зради.

Визначається, що в діяннях особи має місце сукупність злочинів, передбачених ч. 4 ст. 111¹ або ст. 111² із ст. 209 КК України, якщо при провадженні господарської діяльності на тимчасово окупованій території у взаємодії із представниками держави-

агресора винна особа здійснює транзакцію фінансових активів, одержаних злочинним шляхом, на банківські рахунки або через інші кредитно-фінансові установи представникам держави-агресора, членам утворених ними незаконних збройних чи воєнізованих формувань або окупаційній адміністрації держави-агресора.

Крім того, обґрунтовується доцільність криміналізації неповідомлення про злочини проти основ національної безпеки України, де суб'єктом є особа, якій стало достовірно відомо про такі злочини, незалежно від стадії їх вчинення. Достовірність відомостей означає, що суб'єкт, який ними володіє, не сумнівається щодо їх істинності.

Надані рекомендації допоможуть правозастосувачам правильно використовувати правовий інструментарій та приймати правильні рішення щодо правової оцінки форм колабораційної діяльності, передбачених ч. 4 ст. 111¹ КК України, розмежування їх із пособництвом державі-агресору, державною зрадою у формі підривної діяльності проти України та відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом.

Ключові слова: колабораціонізм; передача матеріальних ресурсів; провадження господарської діяльності; пособництво державі-агресору; окупаційна адміністрація; підривна діяльність; відмивання злочинно одержаного майна.

Виклики, з якими стикається Україна починаючи із 2014 р., поставили законодавця перед необхідністю проведення низки правових реформ з метою запобігання таким явищам, як тероризм, екстремізм, сепаратизм, колабораціонізм тощо. До кримінального законодавства України було включено нові норми, що встановлювали відповідальність за встановлення та поширення злочинного впливу, створення злочинної спільноти, організацію злочинного зібрання (сходки) та ін. Були внесені зміни до норм, спрямованих на протидію злочинам терористичної спрямованості, відмиванню “брудних” коштів, фінансуванню різних форм злочинної діяльності, зокрема й фінансуванню дій, учинених із метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України.

Встановлення навесні 2022 р. кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність і пособництво державі-агресору зумовлено необхідністю у період воєнного стану реагувати законодавцю на ті явища, що здатні спричинити шкоду інтересам України, підривати основи її національної безпеки та ін.

Наявність ст. 111¹ і ст. 111² Кримінального кодексу України (далі – КК України)¹ викликає потребу з'ясувати правову природу форм колабораційної діяльності. Законодавець сконструював зазначені норми з певними вадами, що призводить до різних підходів науковців та практиків до надання правової оцінки діянням колаборантів та інших суб'єктів, які спричиняють шкоду основам національної безпеки України.

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 05.11.2022).

Серед правоохоронних органів та суду немає єдиного підходу щодо застосування кримінально-правових норм, які пов'язані із запобіганням колабораційній діяльності, пособництвом державі-агресору та суміжним складам злочинів проти основ національної безпеки України. Помилки в кримінально-правовій кваліфікації, які виникають у правозастосувачів, призводять до незаконного притягнення до відповідальності осіб за ст. 111¹ або ст. 111² КК України чи навпаки – уникнення колаборантів від кримінальної відповідальності.

В юридичній літературі існують різні погляди щодо тлумачення об'єктивних та суб'єктивних ознак складів злочинів, пов'язаних із колаборацією. Окремі питання кримінально-правової кваліфікації колабораційної діяльності розглядалися у працях українських учених, зокрема: Н. Антонюк, М. Бондаренко, О. Кравчук, В. Кузнецова, М. Сийпловік, М. Хавронюка.

Деякі дослідники вважають, що в розмежуванні державної зради та колабораційної діяльності важливе значення матиме судова практика². З таким тезисом неможливо не погодитись, однак правозастосовувачеві необхідно надати такий правовий інструментарій, який би він використовував, щоб не допускати помилок у правовій оцінці форм колабораційної діяльності, передбачених ч. 4 ст. 111¹ КК України, розмежуванні їх із пособництвом державі-агресору, державною зрадою у формі підривної діяльності проти України, відмиванням доходів, одержаних злочинним шляхом, тощо. Рекомендації, які б містили роз'яснення щодо особливостей кваліфікації діянь, передбачених статтями 111, 111¹ та 111² КК України, та критеріїв їх відмежування від суміжних складів кримінальних правопорушень, і сприяли правоохоронним органам та суду правильному формуванню правозастосовної практики.

Метою дослідження є виокремлення ознак, які притаманні формам колабораційної діяльності, передбачених ч. 4 ст. 111¹ КК України, встановлення критеріїв їх розмежування із пособництвом державі-агресору, відмиванням злочинних доходів та наданням допомоги в проведенні підривної діяльності проти України.

Колаборація – це явище, яке пов'язано зі співпрацею суб'єкта із державою-агресором, її збройними формуваннями й окупаційними адміністраціями. Колаборант – це особа, яка зраджує інтересам своєї країни, тобто та особа, яка має певний правовий статус (громадянство) і має відповідні правовідносини із країною, яку вона зраджує.

Утім, як впливає із тлумачення ст. 111¹ КК України, законодавець розширив коло суб'єктів для окремих форм колабораційної діяльності. У частинах 1–3, 5 та 7 ст. 111¹ КК України законодавець передбачив

² О. Кравчук, М. Бондаренко, 'Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111¹ КК' (2022) 3 Юридичний науковий електронний журнал 202.

спеціальну вказівку про те, що суб'єктом злочину є громадянин України. Проте у диспозиції частин 4 та 6 ст. 111¹ КК України відсутня згадка про громадянство особи. Тому суб'єктами цих форм колабораційної діяльності можуть бути як громадяни України, так й іноземці або особи без громадянства. У зв'язку із зазначеним слід не погодитись з авторами, які звужують коло суб'єктів злочинів, передбачених ч. 4 ст. 111¹ КК України, іноземцями чи особами без громадянства³ або лише громадянами України.

Частина 4 ст. 111¹ КК України містить такі форми діянь: 1) передача матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора; 2) провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора.

Склад злочинів, передбачених ч. 4 ст. 111¹ КК України, є формальним. Для передачі матеріальних ресурсів неважливо, використовувало чи ні незаконне збройне чи воєнізоване формування відповідні матеріальні ресурси, достатньо наявності самого факту передачі таких ресурсів. Проведення господарської діяльності слід вважати закінченим із моменту початку виникнення господарських відносин з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора. Через підвищену суспільну небезпечність діянь, передбачених ч. 4 ст. 111¹ КК України, на кваліфікацію не впливають настання суспільно небезпечних наслідків від таких форм колабораційної діяльності.

Скоєння особою зазначених у ч. 4 ст. 111¹ КК України форм діянь повинно бути добровільним, тобто колаборант сам є ініціатором передачі представнику держави-агресора певних матеріальних ресурсів або провадження господарської діяльності. Якщо, наприклад, суб'єкт буде усвідомлювати, що в разі відмови взаємодіяти із представниками держави-агресора щодо провадження господарської діяльності, останні неминуче вчинять фізичну розправу над ним або його близькими, то скоєння такої форми колабораційної діяльності не повинно тягнути для такого суб'єкта кримінальну відповідальність за ч. 4 ст. 111¹ КК України. У такому випадку має місце фізичний або психічний примус, який виключає злочинність у діянні суб'єкта господарської діяльності.

Матеріальними ресурси можуть бути за різним призначенням, зокрема: господарським, інформаційно-пропагандистським, військовим та ін.

³ І Чекмарьова, 'Кримінально-правова характеристики ст. 111¹ КК України' в *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції* (ОДУВС 2022) 110.

Так, матеріальними ресурсами військового призначення можуть бути вироби, конструкції, комплектуючі та запасні частини, необхідні для ремонту чи технічного обслуговування військової техніки, зброї, боєприпасів; матеріали, обладнання та інструменти для будівництва військових інженерно-технічних і фортифікаційних споруд тощо.

Передача матеріальних ресурсів охоплює діяльність, пов'язану із матеріально-технічним, інформаційним і фінансовим забезпеченням незаконних збройних чи воєнізованих формувань, створених на тимчасово окупованій території, або збройних чи воєнізованих формувань держави-агресора. Така передача може здійснюватися для виплати заробітної платні, сплати оренди приміщення, купівлі транспорту чи іншого майна для забезпечення діяльності незаконних органів влади, створених на тимчасово окупованій території, тощо. Способи передачі матеріальних ресурсів можуть бути різні, у тому числі й шляхом безпосередньої передачі майна відповідним особам.

Під господарською діяльністю, згідно з ч. 1 ст. 3 ГК України, розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виготовлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. Будь-яке провадження господарської діяльності, яке здійснюється винною особою у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора, є незаконними.

Провадження господарської діяльності, у розумінні ч. 4 ст. 111¹ КК України, може охоплювати господарську діяльність, яка є незаконною за своїм змістом та формою. Так, наприклад, оформлення фермером "дозвільних" документів в окупаційних адміністраціях для здійснення сільськогосподарської діяльності та передача представникам такої адміністрації продуктів сільського господарства, зокрема зерна, рослинної олії тощо, містять ознаки легального господарювання, але за змістом та формою є незаконною діяльністю. Такі діяння мають бути кваліфіковані за ч. 4 ст. 111¹ КК України.

Якщо керівник заводу або іншого підприємства, які опинились на тимчасово окупованій території, приймає замовлення від представника окупаційної адміністрації щодо виробництва продукції військового призначення, зокрема зброї, боєприпасів, запчастин до військової техніки тощо, то такі діяння суб'єкта господарської діяльності містять ознаки провадження господарської діяльності у взаємодії з окупаційною адміністрацією держави-агресора. Не є обов'язковим для цього оформлення (укладання і підписання) договору на виконання замовлення. Для наявності зазначеного складу злочину достатньо самого факту угоди, який є підставою для виникнення взаємовідносин між колаборантом –

керівником суб'єкта господарювання – з одного боку, та представником держави-агресора, незаконних органів влади, створених на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора, – з другого боку. Предметом такої угоди є поставка товару військового призначення.

Якщо колаборант – суб'єкт господарської діяльності – здійснює передачу військової продукції, яка була вироблена на окупаційному підприємстві, то в його діяннях є ознаки пособництва державі-агресору (ст. 111² КК України) у формі передачі матеріальних ресурсів представникам окупаційної адміністрації держави-агресора з метою завдання шкоди Україні. Крім того, зазначені діяння такої особи містять ознаки державної зради у формі надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України в умовах воєнного стану. У цій ситуації повинна застосовуватись ч. 2 ст. 111 КК України, оскільки державна зрада охоплює ознаки провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора, а також підготовки або передачі матеріальних ресурсів представникам держави-агресора, її збройним формуванням або окупаційній адміністрації держави-агресора. Додаткової кваліфікації за ч. 4 ст. 111¹ та ст. 111² КК України діяння суб'єкта господарської діяльності, який виконує військове замовлення для проведення підривної діяльності проти України, не потребує, оскільки у цьому випадку державна зрада (ст. 111 КК України) поглинає ознаки колабораційної діяльності та пособництва державі-агресору.

У тих випадках, коли продукція військового або подвійного призначення, що виробляється на підприємствах, які розташовані на тимчасово окупованій території, не направлена на проведення підривної діяльності проти України, а використовується для продажу державою-агресором, наприклад, в інші країни, то в такому випадку діяння колаборанта – суб'єкта господарської діяльності повинні бути кваліфіковані не за ознаками державної зради, а за колабораційну діяльність, а саме за ч. 4 ст. 111¹ або ст. 111² КК України. Якщо керівник підприємства, який виконує замовлення на окупованій території щодо виготовлення та поставки продукції військового призначення для здійснення підривної діяльності проти України, не є її громадянином, то в діях такої особи ознаки державної зради відсутні. Такі дії повинні бути кваліфіковані за ч. 1 ст. 14, ч. 2 ст. 113 КК України за ознаками готування до скоєння диверсії в умовах воєнного стану.

Діяння, передбачені ч. 4 ст. 111 КК України, можуть бути скоєні лише із прямим умислом, тому слід не погодитись із дослідниками, які вва-

жають допустимим скоєння таких видів злочинів із непрямим умислом⁴. Особа повинна усвідомлювати суспільно небезпечний характер передачі матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора; провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора, та мати бажання вчинити одне із таких діянь. Мотивація суб'єктів, які здійснюють зазначені форми колабораційної діяльності, на їхню правову оцінку не впливає, однак може бути врахована при призначенні їм покарання.

Вказані у ст. 111² КК України діяння слід розглядати як умисне створення сприятливих умов діяльності державі-агресору, збройним формуванням та окупаційній адміністрації держави-агресора на тимчасово окупованій території України. Через підвищену суспільну небезпеку допомоги зазначеним суб'єктам законодавець виокремив такий вид співучасті, як пособництво, у самостійну кримінально-правову норму та переніс момент закінчення злочину на більш ранню стадію попередньої злочинної діяльності – готування. Діяння, які є за своєю правовою природою пособництвом у співучасті, у цьому випадку будуть вважатись безпосереднім виконавством у злочині.

Слід відзначити, що одним із критеріїв, який розмежовує злочини, передбачені ч. 4 ст. 111¹ та ст. 111² КК України, є наявність спеціальної мети у суб'єкта, який допомагає державі-агресору, збройним формуванням або окупаційній адміністрації держави-агресора. Така мета міститься у диспозиції ст. 111² КК України – це завдання шкоди Україні шляхом: реалізації чи підтримання рішень та/або дій держави-агресора, збройних формувань та/або окупаційної адміністрації держави-агресора; добровільного збору, підготовки та/або передачі матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора, її збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора.

Тому діяння суб'єкта, який передає матеріальні ресурси представникам держави-агресора, її збройним формуванням або окупаційній адміністрації держави-агресора з метою завдання шкоди Україні, при відсутності ознак державної зради, необхідно кваліфікувати за ст. 111² КК України. У тому випадку, коли допомога державі-агресору буде вчинятися шляхом переказування коштів на банківські рахунки представникам держави-агресора, членам її збройних формувань або окупаційній адміністрації держави-агресора, то може мати місце ідеальна сукупність злочинів, передбачених ст. 111² та ст. 209 КК України, якщо фінансові

⁴ І Берднік, 'Кваліфікація кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки та злочинів, пов'язаних із війною' <<http://surl.li/dvdcc>> (дата звернення: 20.11.2022).

активи мають злочинне походження. Активами, які згадуються у ст. 111² КК України, можуть бути цінні папери, грошові кошти, зокрема й електронні гроші.

У разі, коли особа з метою завдання шкоди інтересам України буде надавати рухоме чи нерухоме майно представникам держави-агресора для організації ними незаконних збройних формувань на тимчасово окупованій території, то діяння таких осіб підпадатимуть під ознаки збору, підготовки або передачі матеріальних ресурсів і кваліфікуватимуться за ст. 111² КК України.

Якщо особа передає матеріальні ресурси для організації незаконних збройних формувань на тимчасово окупованій території, то її діяння повинні кваліфікуватися за ст. 111, а не ч. 4 ст. 111¹ або ст. 111² КК України, оскільки результатом таких дій суб'єкта є проведення підривної діяльності проти України. Особа своїми діями допомагає державі-агресору організувати на тимчасово окупованій території незаконні збройні формування. За змістом ст. 111² КК України відповідальність настає лише у випадку, коли винна особа допомагає підтримувати, а не створювати озброєні формування. При наданні допомоги в організації збройних формувань представнику держави-агресора винна особа може керуватися корисними мотивами й ставити за мету незаконне збагачення, але ж результатом такої допомоги є завжди спричинення шкоди національній безпеці України. Утім, дії суб'єкта, який надає матеріальні ресурси або інші активи представникам держави-агресора для підтримання функціонування вже створеного незаконного збройного формування, повинні кваліфікуватися за ст. 111² КК України. Надання матеріальних ресурсів для підтримання воєнізованого формування, за відсутності мети завдання шкоди Україні, повинні кваліфікуватися за ч. 4 ст. 111¹ КК України. Ознаки формування, яке є збройним і воєнізованим, розкриваються у примітці до ст. 260 КК України.

Використання доходів від продажу будь-якої продукції, яка була вироблена на підприємствах, що розміщені на тимчасово окупованій території, можуть бути кваліфіковані за ознаками відмивання майна, одержаного злочинним шляхом. Предикатними (первісними) злочинами, які передують відмиванню, можуть бути провадження господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, у тому числі окупаційною адміністрацією держави-агресора (ч. 4 ст. 111¹ КК України) або умисні дії, спрямовані на допомогу державі-агресору, збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора (ст. 111² КК України). У цьому випадку діяння колаборанта потребують правової оцінки за правилами про сукупність злочинів, тобто за відповідною частиною ст. 209 та ч. 4 ст. 111¹ або ст. 111² КК України.

Передача матеріальних ресурсів або провадження господарської діяльності може здійснюватися не обов'язково на окупованій території. Місцем скоєння цих злочинів може бути також територія іншої країни, зокрема й держави-агресора. Головним чинником є те, що суб'єкт зазначених злочинів є причетним до матеріально-технічного, інформаційного або фінансового забезпечення незаконних збройних чи воєнізованих формувань або пов'язаний із провадженням господарської діяльності у взаємодії з державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора. Частина дій із вказаної діяльності особа може почати, продовжити або закінчити не на території, яка є тимчасово окупованою, а за її межами. Наприклад, суб'єкт може здійснити оплату послуг бойовиків із банку, що розташований на території держави-агресора, а бойовики отримують кошти на тимчасово окупованій території.

Звичною є практика країн, які пов'язані із міжнародними терористичними організаціями, а також злочинними співтовариствами країн світу, використовувати кредитно-фінансові установи для проведення фінансових транзакцій з метою маскуванню джерела походження коштів, приховання фінансування певної злочинної діяльності тощо. Зазвичай такі банківські та інші фінансові установи розташовуються за межами держави-агресора.

Кошти, які спрямовані на фінансування чи будь-яке матеріальне забезпечення діяльності незаконних збройних чи воєнізованих формувань, створених на тимчасово окупованій території, або незаконних органів влади, створених на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційної адміністрації держави-агресора, можуть бути отримані як із законних, так і з незаконних джерел. Матеріальна чи фінансова підтримка із легальних джерел може надходити від установ, підприємств та організацій, а також приватних осіб, які спрямовують свої активи для підтримання інфраструктури колабораціоністських утворень, незаконних збройних чи воєнізованих формувань і незаконних органів влади держави-агресора на тимчасово окупованій території.

Незаконні джерела доходів можуть походити від будь-якої кримінально протиправної діяльності. При використанні кредитно-фінансової системи зарубіжних країн для ускладнення правоохоронним органам установлення злочинних джерел походження матеріальних ресурсів, які спрямовані на підтримання представників держави-агресора на тимчасово окупованій території, мають місце ознаки колабораційної діяльності та відмивання майна, одержаного злочинним шляхом.

Використання злочинно одержаних доходів для фінансування подальшої злочинної діяльності без залучення коштів у легальну фінан-

сову систему, наприклад, банки або інші кредитно-фінансові установи, не містять ознак ст. 209 КК України, оскільки кошти не перебувають у цивільно-правовому обігу. Вони не можуть вважатися відмитими, оскільки продовжують перебувати у тіньовому секторі економіки⁵. Тому, коли суб'єкт передає кошти або інше майно, одержане злочинним шляхом, безпосередньо учасникам незаконних збройних чи воєнізованих формувань, створених на тимчасово окупованій території, або представникам незаконних органів влади, створених на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційної адміністрації держави-агресора, то ознаки злочину, передбаченого ст. 209 КК України, відсутні. Відмиття у цьому випадку не може бути, оскільки злочинно здобуте майно, яке передається для продовження злочинної діяльності представникам зазначених організацій та установам, не потрапляє до легального обігу, а залишається в "тіні". Такі діяння утворюють склад злочину, передбачений ч. 4 ст. 111¹ або ст. 111² КК України.

Вирішуючи питання про кваліфікацію діянь, які містять ознаки відмиття, важливо встановити наявність злочину, який передував утворенню злочинно здобутого майна. Однак встановити – не означає дочекатись обвинувального вироку чи іншого рішення суду стосовно основного (предикатного) злочину. Достатньо доведення під час досудового розслідування того, що було скоєно суспільно небезпечне протиправне діяння, що передувало відмиттям злочинно отриманих доходів.

Законодавство України не покладає на особу обов'язок повідомляти органи влади про злочини проти основ національної безпеки. Виключення стосується лише осіб, на які законом покладено обов'язок виявляти, розкривати та розслідувати такі злочини, тобто це спеціальні суб'єкти, які несуть відповідальність за неповідомлення про кримінальні правопорушення. Такими суб'єктами можуть бути працівники Національної поліції, Служби безпеки України, Державного бюро розслідування та ін. Законодавцю доречно було б розглянути питання про криміналізацію неповідомлення про злочини проти основ національної безпеки для більш широкого кола осіб. Суб'єктом такої відповідальності повинна бути особа, що досягла шістнадцятирічного віку та якій стало достовірно відомо про злочини проти основ національної безпеки України, незалежно від стадії їх вчинення. Достовірність відомостей означає, що суб'єкт, який ними володіє, не сумнівається щодо їхньої істинності.

Такий підхід буде зменшувати кількість бажаючих займатись колабораційною злочинною діяльністю та зраджувати інтереси своєї держави, оскільки такі особи будуть усвідомлювати, що про їхні діяння зобов'язані повідомити органам влади оточуючі. Звільнення від кримінальної

⁵ А. Беніцький, *Причетність до злочину: проблеми кримінальної відповідальності* (СПД Резников В С 2014) 221.

відповідальності за неповідомлення може бути хіба що для членів сім'ї та близьких родичів таких суб'єктів.

Висновки. Завдяки проведеному кримінально-правовому аналізу злочину, передбаченого ч. 4 ст. 111¹ КК України, встановлено притаманні йому ознаки, доведено значущість обставин, за яких колаборант погодився взаємодіяти із представниками держави-агресора, встановлення мети, якою він керувався при наданні згоди на співпрацю, а також інших об'єктивних і суб'єктивних ознак, які допомагають розмежовувати форми колабораційної діяльності із суміжними складами злочинів проти основ національної безпеки України та ін. У праці проаналізовано питання конкуренції ст. 111, ч. 2 ст. 111¹ та ст. 111² КК України. Визначені випадки, при яких має місце сукупність злочинів, передбачених ч. 4 ст. 111¹ або ст. 111² із ст. 209 КК України. Звертається увага на доцільність встановлення кримінальної відповідальності за неповідомлення органів влади про достовірно відомі злочини проти основ національної безпеки України.

Сформульовані рекомендації допоможуть правоохоронним органам і судам виключати помилки, які можуть призвести до незаконного притягнення до кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність та пособництво державі-агресору, або навпаки – уникнення від відповідальності осіб, які скоїли злочини проти основ національної безпеки України та ін.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Benitskiy A, *Prychetnist do zlochiny: problem kryminalnoi vidpovidalnosti* (Lugansk 2016) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Kravchuk O, Bondarenko M, 'Kolobratsiina dialnist : naukovo-praktictnyi komentar do novoi statti 111¹ KK' (2022) 3 Law scientific and electronic journal <http://lsej.org.ua/3_2022/45.pdf> (in Ukrainian).

Conference papers

3. Chekmareva I, 'Kriminalno-pravova kharakteristika st. 111¹ KK Ukrainy' v *Aktualni pytannia kryminalno-pravovoi kvalifikatsii, dokumentuvannia ta rozsliduvannia kolobratsionnizmu: Vseukrainska naukovo-praktychna konferentsiia* (2022) (in Ukrainian).

Websites

4. Berdnik I, 'Kvalifikatsiia kryminalnykh pravoporushen proty osnov natsionaltoi bezpeky ta zlochyniv, povizxanykh iz viinoiu' <<http://surl.li/dvdcc>> (accessed: 22.11.2022) (in Ukrainian).

Andriy Benitskiy

FEATURES OF CRIMINAL-LEGAL QUALIFICATION CRIMES
PROVIDED FOR IN PART 4 ARTICLE 111¹ OF THE CRIMINAL
CODE OF UKRAINE AND THEIR RELATIONSHIP
WITH RELATED ELEMENTS OF CRIMES

ABSTRACT. The work is devoted to the specifics of the criminal-legal qualification of the transfer of material resources to illegal armed or paramilitary formations created on the temporarily occupied territory, or to armed or paramilitary formations of the aggressor state; of carrying out economic activities in cooperation with the aggressor state, illegal authorities created on the temporarily occupied territory, including the occupation administration of the aggressor state.

Features were identified that are inherent in the forms of collaborative activity provided for in Part 4 of Art. 111¹ of the Criminal Code of Ukraine, the criteria for distinguishing them from aiding the aggressor state, laundering criminal proceeds, and providing assistance in conducting subversive activities against Ukraine have been established. The problems of the competition of criminal-legal norms are considered and cases are noted when high treason and assistance to the aggressor state absorb the composition of the crime provided for in part 4 of Article 111¹ of the Criminal Code of Ukraine. The article deals with the issues of the totality of crimes and the rules of their qualification. The cases where a combination of the crimes provided for in part 4 of Article 111¹ or Article 111² of Article 209 of the Criminal Code of Ukraine are committed have been analyzed. The feasibility of criminalizing non-reporting of crimes against the foundations of national security of Ukraine, where the subject is a person who became reliably aware of such crimes, regardless of the stage of their commission, is substantiated.

KEYWORDS: collaboration; transfer of material resources; carrying out economic activities; assistance to the aggressor state; occupation administration; subversion; laundering of criminally obtained property.



Юрій Пономаренко

доктор юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID : <https://orcid.org/0000-0002-1030-1072>
Research ID: <https://researchid.co/rid35319>
yu.a.ponomarenko@nlu.edu.ua

УДК 343.326

НЕСАНКЦІОНОВАНЕ ПОШИРЕННЯ ВІЙСЬКОВО ЗНАЧУЩОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ

Анотація. З моменту початку нинішньої російсько-української війни в кримінальному праві України стала формуватися самостійна підсистема норм, розрахованих на застосування в умовах воєнного стану. Серед статей Кримінального кодексу України (КК України), що втілюють такі норми, однією з найбільш задіяних у судовому правозастосуванні й, водночас, дискусійних у науковому пізнанні, виявилася ст. 114², що передбачає кримінальну відповідальність за несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану (військово значущої інформації).

Метою статті є описання складів злочинів, передбачених частинами 1, 2 і 3 ст. 114² КК України та особливостей кримінально-правових засобів, що підлягають застосуванню до осіб, діяння яких кваліфіковані за зазначеними приписами.

Встановлено зміст усіх ознак кожного елемента основних складів злочинів, передбачених частинами 1 і 2 ст. 114², а також кваліфікуючих ознак, передбачених ч. 3 цієї статті. Шляхом системного тлумачення положень КК України та інших актів законодавства України розкрито зміст таких неоднозначно оцінюваних у літературі ознак, як предмет цього злочину (інформація, що поширюється), час його вчинення (в умовах воєнного стану), вина (прямий умисел в основних складах), мотив, мета та ін. Окремо розкрито питання про кримінально-правові засоби, що підлягають застосуванню до особи, яка вчинила досліджуваний злочин. Причому такі засоби визначено системно: як ті з них, що передбачені санкціями ст. 114² (покарання), так і ті, які можуть застосовуватися на підставі положень Загальної частини КК України.

Визначені резерви для подальшого вдосконалення норм кримінального права про відповідальність за поширення військово значущої інформації, що може бути здійснене як у чинному, так і в майбутньому КК України.

Ключові слова: кримінальне право; національна безпека; інформація; державна таємниця; склад кримінального правопорушення; кримінально-правова кваліфікація; кримінальна відповідальність; кримінально-правові засоби.

Агресивна війна, що її Російська Федерація веде проти України ще з 20 лютого 2014 р., і яка з 24 лютого 2022 р. переведена агресором у широкомасштабну фазу, стала найбільш значущим і тяжким викликом для нашої держави з часу відновлення її незалежності. Головні відповіді на цей виклик гідно дають наші Збройні Сили України (далі – ЗСУ) та інші воєнізовані формування. Проте війна водночас висунула й низку похідних викликів: політичного, соціального, економічного, правового та іншого характеру. Зокрема, постала потреба належного правового реагування на такі форми людської поведінки, які стають суспільно небезпечними чи суспільна небезпечність яких істотно підвищується в умовах війни. Реагуючи на ці виклики, законодавець і під час першої фази війни (до 24 лютого 2022 р.), а особливо – під час її другої фази (після 24 лютого 2022 р.) вніс до Кримінального кодексу України (далі – КК України) низку новел, спрямованих на формування кримінального права періоду воєнного стану як підгалузі права. Однією з них стало доповнення кодексу ст. 114² КК України¹, перші пів року чинності якої показали, що питання кваліфікації передбачених нею кримінальних правопорушень і застосування за них кримінально-правових засобів не завжди є однозначними і в науковому, і в судовому тлумаченні.

Від самої появи у КК України ст. 114² вона стала предметом досліджень В. Киричка², Р. Мовчана³, А. Політової⁴, Л. Тимофєєвої⁵, М. Хавронюка⁶, автора цих рядків⁷ та інших учених. Перші наукові розвідки були сконцентровані передусім на встановленні змісту та обсягу окремих ознак складів злочинів, передбачених різними частинами ст. 114². І попри досягнення усталеності в розумінні одних, однак стосовно інших (таких принципових для цього складу, як його предмет і час вчинення)

¹ Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану: Закон України 24 березня 2022 р. № 2160-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#n10>> (дата звернення: 05.11.2022).

² В Киричко, 'Обмеження конституційних прав на інформацію під час воєнного стану шляхом внесення змін до Кримінального кодексу України' в *Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки: матеріали VI міжнар. наук.-практ. конференції* (Право 2022) 142–7.

³ Р Мовчан, "Воєнні" новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовчі проблеми (Норма права 2022) 243.

⁴ А Політова, 'Поширення інформації про Збройні Сили України в умовах збройного конфлікту: кримінально-правовий аспект' в *Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки: матеріали VI міжнар. наук.-практ. конференції* (Право 2022) 153–7.

⁵ Л Тимофєєва, 'Інформаційна війна та інформаційна оборона в сучасних реаліях кримінального права України' в *Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки: матеріали VI міжнар. наук.-практ. конференції* (Право 2022) 236–8.

⁶ М Хавронюк, 'Поширення інформації про військову допомогу та дії військових України: кримінальна відповідальність' (*Центр політико-правових реформ*, 28.04.2022) <<https://pravo.org.ua/blogs/poshyrennya-informatsiyi-pro-vijskovu-dopomogu-ta-diyi-vijskovykh-ukrayiny-kryminalna-vidpovidalnist>> (дата звернення: 05.11.2022).

⁷ Ю Пономаренко, 'Кримінально-правове реагування на актуальний виклик інформаційної безпеки в умовах воєнного стану (спроба наукового коментаря до ст. 114² КК)' в *Кримінально-правова охорона інформаційної безпеки: матеріали VI міжнар. наук.-практ. конференції* (Право 2022) 117–35.

були висловлені різні судження. Питання, пов'язані із застосуванням кримінально-правових засобів, наразі взагалі не отримали належної уваги у літературі.

Мета дослідження полягає в описанні складів злочинів, передбачених частинами 1, 2 і 3 ст. 114² КК України, та особливостей кримінально-правових засобів, що підлягають застосуванню до осіб, діяння яких кваліфіковані за зазначеними приписами.

Правова кваліфікація кримінального правопорушення полягає у встановленні й належному процесуальному закріпленні відповідності між ознаками фактично скоєного особою суспільно небезпечного і протиправного діяння та ознаками складу кримінального правопорушення, передбаченого кримінальним законом. Позаяк склад кримінального правопорушення являє собою юридичну модель суспільно небезпечного і протиправного діяння людини, то й встановлення його полягає у послідовному виявленні окремих елементів, що поєднують у собі ознаки, які характеризують: самого діяча (суб'єкт кримінального правопорушення); те, на що він спрямовує своє діяння (об'єкт кримінального правопорушення), і, власне, саме діяння в його зовнішньому прояві (об'єктивна сторона) та внутрішньому контролі за ним (суб'єктивна сторона).

Суб'єктом складів злочинів, передбачених усіма трьома частинами ст. 114², є фізична осудна особа, яка на момент його вчинення досягла 16 років. Жодних додаткових ознак, які вказували б на спеціального суб'єкта, у ст. 114² не визначено.

Родовим об'єктом цих складів злочинів є основи національної безпеки України, тобто 'головні засади, підвалини <...> провідні принципи, правила'⁸ захищеності 'державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз' (п. 9 ч. 1 ст. 1)⁹. У межах цього родового об'єкта має своє місце і *безпосередній об'єкт* складів злочинів, передбачених ст. 114². З огляду на зміст гіпотез частин 1 і 2 цієї статті та її розміщення після ст. 114¹, можна стверджувати, що *основний безпосередній об'єкт* передбачених нею злочинів збігається з основним безпосереднім об'єктом злочинів, передбачених ст. 114¹. Ним є 'забезпечення обороноздатності України в частині належного здійснення військовими формуваннями України охорони основ національної безпеки України'¹⁰ в умовах воєнного або надзвичайного стану. *Обов'язковим додатковим безпосереднім об'єктом* складів злочинів, передбачених ст. 114², є інфор-

⁸ Словник української мови, т 5 (АН Української РСР, Ін-т мовознав ім О О Потебні, Наук думка 1974) 775.

⁹ Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text>> (дата звернення: 05.11.2022).

¹⁰ Кримінальне право України: Особлива частина: підручник (Таций В, Борисов В, Тютюгін В ред, 6-те вид, Право 2020) 40.

маційна безпека України в частині збереження у таємниці інформації, яка становить предмет цього злочину.

Обов'язковою ознакою об'єкта як елемента складів цих злочинів, є *предмет*, який становлять визначені законом види інформації. Ця інформація володіє такими ознаками предмета злочину.

Фізична ознака полягає у тому, що вона є відомостями або даними, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному виді. *Форма* закріплення і подання цієї інформації не має юридичного значення, а тому може бути будь-якою: усною (словесною), письмовою, цифровою тощо. Натомість *зміст* цієї інформації чітко визначений у законі. Інформація, що є предметом основного складу злочину, передбаченого ч. 1, за своїм змістом стосується “направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, у тому числі про їх переміщення територією України”; інформація, що є предметом основного складу злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті, своїм змістом має “переміщення, рух або розташування ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, за можливості їх ідентифікації на місцевості”.

Отже, за своїм змістом *інформація, яка є предметом складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 114²*, стосується трьох діянь: 1) направлення в Україну; 2) переміщення в Україну; 3) переміщення територією України, кожне з яких може бути вчинене щодо принаймні одного з трьох предметів: 1) зброї; 2) озброєння та 3) бойових припасів. Тому для встановлення фізичної ознаки предмета складу цього злочину необхідне обов'язкове встановлення цих елементів змісту поширюваної інформації.

Законодавство України нині має визначення поняття “озброєння” (п. 2 розділу I)¹¹, проте не містить чіткого, вичерпного й однозначного визначення “зброї”. Використання у ст. 114² терміна “зброя” в альтернативі до “озброєння”, і непослідовність його використання в інших приписах КК України, а також в інших нормативно-правових актах у поєднанні з поняттями “бойова техніка”, “спеціальна техніка”, “військове майно” тощо, дало підстави для побоювань про те, що, наприклад, літаки, безпілотники, танки, бойові машини, бронетранспортери, технічні засоби захисту апаратури, апаратура для розвідки¹² обладнання для технічного обслуговування літальних апаратів, спеціальна техніка телефонного зв'язку та передачі даних, апаратура шифрувальна, техніка спеціального радіозв'язку, апаратура радіонавігаційних систем, обладнання радіолокаційне, гідролокаційне, техніка протидії засобам виявлення цілей, про-

¹¹ Звід відомостей, що становлять державну таємницю, затв. наказом Центр. упр. управління СБУ від 23 грудня 2020 р. № 383 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text?>> (дата звернення: 05.11.2022).

¹² *Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану: науково-практичний коментар* (Вознюк А, Мовчан Р, Черней В ред, Норма права) 142.

грамне забезпечення¹³ не охоплюються ні поняттям “зброя”, ні поняттям “озброєння”.

В умовах відсутності визначення поняття “зброя” у чинному законодавстві може бути обґрунтованим використання його розуміння в одному із законопроектів, який невдовзі має всі шанси стати чинним законом, і згідно з яким зброя – це

пристрій або предмет, спеціально виготовлений, конструктивно призначений та технічно придатний для знищення, ураження, ушкодження або заподіяння іншого руйнівного впливу на живі чи неживі об’єкти та цілі, та який не має іншого прямого виробничого чи господарсько-побутового призначення¹⁴.

Аналогічний широкий підхід до визначення “зброї” закладений і в проекті нового КК України¹⁵.

З огляду на викладене, термін “зброя” може тлумачитися не як синонім до терміна “озброєння”, а як такий, що позначає собою більш широке за змістом поняття, що охоплює і озброєння, і будь-які інші види зброї, тобто предмети, засоби, пристрої, механізми, що призначені для ураження живої сили чи техніки ворога. Цим терміном охоплюються не лише стрілецька, артилерійська, ракетна чи будь-яка інша зброя, а й бойові машини чи інші механізми, на яких вона встановлена (літаки, безпілотні літаючі апарати, танки, бойові машини, бронетранспортери тощо), а також механізми, призначені для її використання (технічні засоби захисту апаратури, апаратура для розвідки, апаратура радіоелектронної боротьби тощо).

Бойові припаси також наразі не мають чіткої й однозначної дефініції. Однак з урахуванням семантичного значення цього терміна та усталеної судової практики (п. 5)¹⁶ під бойовими припасами слід розуміти предмети, призначені для здійснення пострілу з вогнепальної переносної ствольної, артилерійської зброї та ураження людини чи спричинення шкоди її здоров’ю або знищення чи пошкодження матеріального об’єкта, включаючи: а) патрони в комплекті, постріли для гранатомета для вогнепальної переносної ствольної зброї; б) снаряди в комплекті для ар-

¹³ Хавронюк (н б).

¹⁴ Про право на цивільну вогнепальну зброю: Проект закону України від 25 червня 2021 р. № 5708 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/27190>> (дата звернення: 05.11.2022).

¹⁵ Кримінальний кодекс України (проект). Контрольний текст (станом на 29.09.2022 року) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/09/29/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-29-09-2022.pdf>> (дата звернення 05.11.2022).

¹⁶ Про судову практику в справах про викрадення та інше незаконне поводження зі зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями чи радіоактивними матеріалами: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 26 квітня 2002 р. № 3 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-02#Text>> (дата звернення 05.11.2022).

тилерійської зброї; в) складові патрона чи снаряда до вогнепальної переносної ствольної та артилерійської зброї.

Обсяг (кількість) зброї, озброєнь чи бойових припасів не впливає на визнання інформації про них предметом цього злочину. Водночас слід мати на увазі, що в ст. 114² ідеться виключно про зброю, озброєння чи бойові припаси, які призначаються для потреб ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань.

Під *направленням в Україну* розуміється прийняте політичним чи військовим керівництвом іноземної держави, керівними органами іноземного суб'єкта господарювання (фірми-виробника, продавця тощо) чи будь-яким іншим суб'єктом рішення про передачу зброї, озброєнь чи бойових припасів до України для потреб ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, незалежно від правової підстави чи інших обставин такої передачі (оплатна чи безоплатна, назавжди чи тимчасово тощо). Під *переміщенням в Україну* розуміються дії, що мають своєю кінцевою метою знаходження направленої зброї, озброєнь чи бойових припасів на території України в її міжнародно визнаних кордонах (включаючи не тільки суходіл, а й повітряний простір, територіальне море, інші об'єкти, що відносяться до території України). Таке переміщення може здійснюватися будь-яким суб'єктом, будь-яким способом (зокрема, наприклад, і десантуванням), у будь-який час (у межах воєнного чи надзвичайного стану), у будь-якому місці, з використанням будь-яких засобів (наземного, повітряного, водного чи іншого транспорту) чи без їх використання тощо. *Переміщення території України* – це зміна місця знаходження зброї, озброєнь чи бойових припасів, поставлених в Україну, по території України.

Інформація, що є *предметом складу злочину, передбаченого ч. 2 цієї статті*, за своїм змістом стосується трьох діянь: 1) переміщення; 2) рух; 3) розташування; кожне з яких може бути вчинене щодо принаймні одного з двох утворень: 1) ЗСУ чи 2) інших утворених відповідно до законів України військових формувань. Тому для встановлення фізичної ознаки предмета складу цього злочину необхідне обов'язкове встановлення цих елементів змісту поширюваної інформації.

ЗСУ – це військове формування, на яке відповідно до Конституції України покладаються оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності¹⁷. У контексті ч. 2 ст. 114² КК України під ЗСУ слід розуміти будь-які їхні з'єднання, військові частини і підрозділи, незалежно від їх роду, розміру, найменування, номеру, кількості тощо. *Інші утворені відповідно до законів України військові формування* – це передбачені законами України військові формування поза

¹⁷ Про Збройні Сили України: Закон України від 6 грудня 1991 р. № 1934-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1934-12#Text>> (дата звернення: 05.11.2022).

Юрій Пономаренко

межами ЗСУ, а саме: військові формування Національної гвардії України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Управління державної охорони України та ін. З урахуванням ст. 1 Положення про закони і звичаї війни на суходолі (додаток до IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі 1907 р.) *“утвореним відповідно до законів України військовим формуванням” слід вважати і народне ополчення або добровольчі загони України, якщо вони: 1) знаходяться під командуванням особи, відповідальної за своїх підлеглих; 2) мають закріплену відмітну емблему, яка може бути впізнана на відстані; 3) відкрито носять зброю і 4) ведуть бойові дії відповідно до законів і звичаїв війни.* Крім того, ст. 2 того ж Положення дає підстави вважати такими формуваннями навіть *і неорганізованих мешканців неокупованих територій,*

які при наближенні ворога добровільно беруться за зброю для того, щоб чинити опір військам, що вторглися, але не мали часу самоорганізуватися відповідно до статті 1, <...> якщо вони відкрито носять зброю і дотримуються законів і звичаїв війни¹⁸.

З урахуванням пріоритету норм міжнародного права над національним і визнанням таких утворень воюючими сторонами відповідно до Конвенцій про закони і звичаї війни, їх у контексті ч. 2 ст. 114² КК України також треба вважати *“утвореними відповідно до законів України військовими формуваннями”*.

Під *переміщенням* ЗСУ або утворених відповідно до законів України військових формувань слід розуміти прийняте військовим командуванням чи політичним керівництвом рішення про зміну дислокації окремого з'єднання, військової частини чи підрозділу або їх будь-якої кількості. *Рух* – це фактична зміна дислокації на виконання рішення про переміщення. *Розташування* – це фактична дислокація у певній місцевості. Усі ці діяння становлять зміст інформації, що є предметом злочину, передбаченого ч. 2 ст. 114², лише тоді, коли ЗСУ чи інші військові формування *можуть бути ідентифіковані на місцевості.* Це означає, що фізична ознака предмета злочину в цьому разі має охоплювати також і географічну прив'язку переміщення, руху або розташування ЗСУ чи інших військових формувань, що може бути визначена за назвами адміністративно-територіальних одиниць, найменуваннями географічних об'єктів, географічними координатами чи іншими факторами, які дають можливість ідентифікувати місцевість (унікальні чи впізнавані природні об'єкти, примітні будинки чи споруди тощо).

www.pravolia.com.ua

¹⁸ IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_222#Text> (дата звернення: 05.11.2022).

Соціальна ознака предмета складів цих злочинів полягає у тому, що інформація про направлення, переміщення зброї, озброєння чи бойових припасів в Україну, зокрема й про їх переміщення територією України, про переміщення, рух або розташування ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, є значущою для забезпечення обороноздатності України, належної відсічі іноземній збройній агресії, для збереження життя і здоров'я військовослужбовців, цілісності зброї, озброєння та бойових припасів, успішного і якісного проведення нашими військами бойових дій тощо. Крім того, для ворога ця інформація теж становить свою цінність, що полягає у можливості її використання для заподіяння шкоди інтересам України.

Юридична ознака предмета складів цих злочинів полягає у тому, що ця інформація є таємною і охоронюваною. Нині доводиться погодитися з В. Киричком, що криміналізація поширення такої інформації відбулася без встановлення у регуляторному законодавстві заборон на її поширення¹⁹, хоча такий стан законодавчого регулювання і не може бути схвалений. Предмет злочину, передбаченого ч. 1 ст. 114², наявний лише у разі, 'якщо така інформація не розміщувалася (не поширювалася) у відкритому доступі Генеральним штабом Збройних Сил України, Міністерством оборони України, Головним управлінням розвідки Міністерства оборони України чи Службою безпеки України або в офіційних джерелах країн-партнерів', а передбаченого ч. 2 тієї ж статті – 'якщо така інформація не розміщувалася у відкритому доступі Генеральним штабом Збройних Сил України, Міністерством оборони України або іншими уповноваженими державними органами'.

Під *розміщенням (поширенням) у відкритому доступі* належить розуміти оприлюднення вказаними суб'єктами інформації у засобах масової інформації, на їхніх офіційних сторінках у соціальних мережах чи в офіційних каналах у месенджерах, розміщення її у будь-яких інформаційних зведеннях тощо, які є доступними невизначеному колу невтаємничених осіб. Розміщення такої інформації у закритих джерелах не виключає її юридичної ознаки як предмета досліджуваних злочинів. Окрім того, слід мати на увазі, що ця юридична ознака виключається тільки у того обсягу інформації, який був розміщений (поширений) у відкритому доступі, і не виключається в іншій інформації, яка хоч і може бути дотичною до поширеної, проте є відмінною від неї.

Нарешті, слід мати на увазі, що юридична ознака предмета цих злочинів в окремих випадках може мати форму не просто таємної і охоронюваної інформації, а *форму державної таємниці*. Йдеться, зокрема, про відомості, що підпадають під пункти 1.4.3, 1.4.7, 1.4.14 та деякі інші Зводу

¹⁹ Киричко (н 2) 147.

відомостей, що становлять державну таємницю. Незаконні діяння щодо такої інформації можуть бути кваліфіковані як за ст. 114², так і за іншими статтями КК України, залежно від змісту інших ознак вчиненого діяння, передусім – ознак суб'єктивної сторони цих складів (див. нижче).

Жодна інша інформація, яка не збігається з ознаками описаної вище, не є предметом складів злочинів, передбачених ст. 114². Має рацію Р. Мовчан, коли пише, що за ст. 114² КК України не може кваліфікуватися поширення інформації про місця влучання ракет або артилерії ворога; місця розташування ворожої армії чи незаконних збройних формувань або місця збитих ворожих літаків чи ракет тощо; маршрути евакуації чи скупчення цивільних осіб; місця ремонту військової техніки та ін.²⁰. Особа, яка поширила таку інформацію, в окремих випадках може підлягати відповідальності за іншими статтями КК України.

З *об'єктивної сторони* злочини, що передбачені частинами 1 і 2 ст. 114², мають формальні склади. Діяння в обох цих складах визначене як поширення інформації, що становить їх предмет. Під *поширенням* слід розуміти будь-яку дію, у результаті якої створюється реальна можливість доступу до інформації хоча б однієї іншої особи, яка не має права доступу до неї. Така дія може бути: 1) *вербальною* – розповіданням інформації, що становить предмет злочину, визначеній чи невизначеній кількості сторонніх осіб або 2) *фізичною (енергетичною)* – створенням для визначеної чи невизначеної кількості осіб можливості ознайомлення з інформацією, що становить предмет злочину. Таке створення можливості може бути здійснене будь-якими способами, зокрема: а) *наданням доступу до матеріального носія інформації* – ознайомлення зі змістом документа (паперового чи електронного), який містить інформацію, що становить предмет злочину, відкриття доступу до інформації у соціальних мережах, месенджерах тощо; б) *тиражуванням матеріального носія інформації* – виготовленням копій з паперового чи електронного носія інформації, що становить предмет злочину, розповсюдження таких копій серед сторонніх осіб, копіювання інформації у соціальних мережах, месенджерах, в яких вона стає доступною для сторонніх осіб, тощо.

Поширення інформації *слід відрізняти від її збирання*, під яким слід розуміти будь-які дії щодо здобуття відповідної інформації, її створення, накопичення, фіксування тощо як шляхом особистого спостереження, так і шляхом отримання цієї інформації різними способами з різних джерел. Збирання інформації, яка становить предмет цих злочинів, не охоплюється об'єктивною стороною складів, передбачених будь-якою частиною ст. 114² і не може бути кваліфіковане як передбачений нею закінчений злочин. Водночас, якщо збирання здійснювалося з метою на-

²⁰ Мовчан (н 3) 98–9.

ступного поширення інформації, воно підлягає кваліфікації як готування до злочину, передбаченого відповідною частиною ст. 114².

Натомість поширення як ознака об'єктивної сторони складів цих злочинів не залежить від того, чи була відповідна інформація попередньо зібрана самою особою, яка її поширює (так зване "первинне поширення"), чи ця інформація була зібрана та/або попередньо незаконно поширена іншою особою (так зване "вторинне (похідне) поширення"). Інакше кажучи, під поширенням слід розуміти *і подальше поширення вже раніше незаконної поширеної інформації*, що становить предмет цього злочину (репости у соціальних мережах, пересилання у месенджерах, переказування почутого тощо).

Другою і останньою обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складів злочинів, передбачених частинами 1 і 2 ст. 114² КК України, є час їхнього вчинення, яким, за визначенням закону, є "умови воєнного або надзвичайного стану". Попри те, що в законодавчому формулюванні вживається термін "стан", не можна погодитися з судженнями тих криміналістів, які вважають цю ознаку об'єктивної сторони обстановкою вчинення злочину. Аргументи на користь того, чому це саме час вчинення кримінального правопорушення, були сформульовані нами раніше²¹. З огляду на них ця ознака складу матиме місце і в тих випадках, якщо воєнний чи надзвичайний стан буде введений не на всій території України, а лише на її частині, а особа вчинить своє діяння на тій території, на якій воєнного чи надзвичайного стану не було введено, чи навіть вчинить його за межами України.

Склади злочинів, передбачених частинами 1 і 2 ст. 114², є *юридично закінченими* з моменту вчинення під час воєнного або надзвичайного стану поширення інформації, що становить їх предмет, незалежно від того, чи відбулося ознайомлення сторонніх осіб із цією інформацією, чи були спричинені в результаті такого поширення чи ознайомлення будь-які негативні наслідки тощо.

Суб'єктивна сторона складів злочинів, передбачених частинами 1 і 2 ст. 114² КК України, має одну ознаку – *вину у формі прямого умислу*. Змістом прямого умислу при вчиненні цих злочинів охоплюється: 1) усвідомлення особою того, що вона: (а) під час воєнного або надзвичайного стану (б) поширює (в) інформацію, яка є предметом цього злочину, і 2) бажання поширити таку інформацію.

При цьому, *якщо поширювана інформація одночасно становить і державну таємницю*, то змістом умислу не повинно охоплюватися усвідомлення цього факту і бажання поширити саме державну таємницю.

²¹ Ю Пономаренко, 'Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану' (2019) 145 Проблеми законності 179–92.

Тільки в такому разі поширення інформації, яка об'єктивно була державною таємницею, але особа цього суб'єктивно не усвідомлювала, тягне кваліфікацію за частинами 1 або 2 ст. 114². Якщо ж ця інформація не лише об'єктивно була державною таємницею, а й суб'єктивно особа, яка її поширювала, це усвідомлювала, кваліфікація скоєного за частинами 1 або 2 ст. 114² виключається. Такі діяння, залежно від інших встановлених обставин справи, мають бути кваліфіковані як державна зрада у формі шпигунства (ст. 111), шпигунство (ст. 114), розголошення державної таємниці (ст. 328) або розголошення відомостей військового характеру, що становлять державну таємницю (ст. 422).

Мотив вчинення злочину для його кваліфікації за частинами 1 або 2 ст. 114² може бути будь-яким, крім корисливого (останній – є однією з кваліфікуючих ознак ч. 3 цієї статті). *Мета* вчинення злочину, що підлягає кваліфікації за частинами 1 або 2 ст. 114², так само може бути будь-якою, окрім передачі державі, що здійснює збройну агресію проти України, або її представникам, або іншим незаконним збройним формуванням (така мета тягне кваліфікацію за ч. 3 ст. 114²).

Частина 3 ст. 114² передбачає кваліфіковані склади злочинів, які утворюються такими *кваліфікуючими ознаками*, як вчинення дій, передбачених частинами 1 або 2 цієї статті: 1) за попередньою змовою групою осіб, 2) з корисливих мотивів, 3) з метою надання такої інформації державі, що здійснює збройну агресію проти України, або її представникам, або іншим незаконним збройним формуванням, або 4) якщо вони спричинили тяжкі наслідки. Для кваліфікації злочину за ч. 3 ст. 114² достатньо наявності хоча б однієї з передбачених нею кваліфікуючих ознак. У разі, якщо у кримінальному провадженні встановлені дві чи більше з таких ознак, має місце одиначне кримінальне правопорушення, що кваліфікується за ч. 3 ст. 114², але у формулюванні кваліфікації вказується на всі встановлені кваліфікуючі ознаки.

За недовгий час чинності ст. 114² вона вже зазнала змін, які, *inter alia*, полягали в тому, що ч. 3 була доповнена в кінці словами “за відсутності ознак державної зради або шпигунства”²². Лінгвістично це доповнення може тлумачитись як таке, що стосується будь-якої з чотирьох названих вище кваліфікуючих ознак. Але змістовне (відсутність у складах державної зради і шпигунства ознак вчинення їх за попередньою змовою групою осіб або з корисливих мотивів, або спричинення ними тяжких наслідків) і телеологічне тлумачення²³ свідчить про те, що законодавець

²² Про внесення змін до статті 114² Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за несанкціоноване розповсюдження інформації про засоби протидії збройній агресії Російської Федерації: Закон України від 1 квітня 2022 р. № 2178-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2178-20#n5>> (дата звернення 05.11.2022).

²³ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до статті 114² Кримінального кодексу України щодо удосконалення відповідальності за несанкціоноване розповсюдження

мав на увазі поєднати ці слова лише з такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення злочину 'з метою надання такої інформації державі, що здійснює збройну агресію проти України, або її представникам, або іншим незаконним збройним формуванням'.

Вчинення злочинів, передбачених частинами 1 або 2 ст. 114², за попередньою змовою групою осіб означає, що 'його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку кримінального правопорушення, домовилися про спільне його вчинення' (ч. 2 ст. 28). Це означає, що змова на спільне вчинення цього злочину виникла у співучасників до початку виконання його об'єктивної сторони (поширення інформації, яка становить предмет злочину), ще на стадії готування до нього. Ця форма співучасті допускає як співвиконавство (коли всі співучасники є виконавцями – поширюють інформацію, що становить предмет злочину), так і співучасть із розподілом ролей (коли принаймні один співучасник є виконавцем – безпосередньо поширює інформацію, що становить предмет злочину, і принаймні один інший співучасник є організатором, підбурювачем або пособником). У разі вчинення цих злочинів у співучасті при її стійких формах (організована група або злочинна організація) у формулі кваліфікації має вказуватися ч. 3 ст. 114² за ознакою вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою, а у формулюванні кваліфікації – та форма співучасті (організована група чи злочинна організація), яка фактично мала місце.

Вчинення цих злочинів із корисливих мотивів означає, що суб'єкт злочину на момент вчинення діяння має усвідомлене внутрішнє спонукання до одержання матеріального блага для себе чи іншої особи, одержання або збереження певного речового права, уникнення матеріальної витрати, досягнення іншої матеріальної вигоди від поширення інформації, що є предметом цього злочину. Джерело отримання цих матеріальних благ може бути різним і на кваліфікацію скоєного не впливає, якщо лише отримання цих благ не становить складу іншого одиничного кримінального правопорушення. Для встановлення корисливого мотиву не має значення, чи особа фактично втілила цей мотив: реально отримала ті матеріальні блага, на які розраховувала, чи уникла тих витрат, яких мала намір уникнути, тощо.

Вчинення цих злочинів з метою надання такої інформації державі, що здійснює збройну агресію проти України, або її представникам, або іншим незаконним збройним формуванням має місце там, де на момент поширення інформації особа має суб'єктивне уявлення про те, що ця інформація стане доступною вказаним суб'єктам і бажає цього. Ця кваліфікуюча

інформації про засоби протидії збройній агресії Російської Федерації" <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1251698>> (дата звернення 05.11.2022).

ознака не перетворює склад на матеріальний, він залишається юридично закінченим з моменту поширення інформації з указаною метою, незалежно від того, чи було досягнуто надходження цієї інформації до держави, що здійснює збройну агресію проти України, її представників, або інших незаконним збройним формуванням, а також чи сприйняли вони її зміст.

Під державою, що здійснює збройну агресію проти України, слід розуміти ту державу, діяння якої підпадає під Визначення агресії, незалежно від того, чи органи влади України офіційно визнали її державою-агресором. В умовах нинішньої війни державами-агресорами є не лише Росія, а й Білорусь, яка дозволила 'щоб її територія, яку вона надала у розпорядження іншій державі, використовувалася цією іншою державою для вчинення акту агресії проти третьої держави' (п. f ст. 3 Визначення агресії²⁴).

Представники держави-агресора – це будь-які фізичні особи, незалежно від їх громадянства, посадового становища чи роду занять, які офіційно чи неофіційно діють в інтересах держави-агресора. Це можуть бути і представники політичної влади, і представники військового командування, і окремі військовослужбовці, і співробітники різних спеціальних служб (розвідка, безпека, поліція тощо), і представники парамілітарних формувань чи приватних військових компаній, які перебувають під ефективним контролем держави-агресора, і представники окупаційних адміністрацій держави-агресора на тимчасово окупованих територіях України, і завербовані громадяни України чи інших країн, і будь-які інші особи, що діють в інтересах держави-агресора.

Під *іншими незаконними збройними формуваннями* маються на увазі утворені окупаційними адміністраціями держави-агресора чи внутрішніми сепаратистами воєнізовані формування так званих донецької чи луганської "народних республік" і тому подібні озброєні незаконні групи.

Для кваліфікації скоєного діяння за ознакою поширення інформації з метою її надання державі, що здійснює збройну агресію проти України, або її представникам, *необхідне обов'язкове встановлення негативної ознаки – відсутності ознак державної зради або шпигунства*. Відмежування цього злочину від державної зради у формі шпигунства (ст. 111) і шпигунства як самостійного складу злочину (ст. 114) необхідно проводити залежно від того, чи 1) становила поширена інформація державну таємницю, і 2) чи усвідомлювався цей факт особою, яка її поширила. Якщо ця інформація належала до державної таємниці і особа, яка її поширювала, усвідомлювала цей факт, то передача такої інформації іноземній державі або її представнику становить собою державну зраду у формі

²⁴ Definition of Aggression: United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) <https://crimeofaggression.info/documents/6/General_Assembly_%20Resolution_%203314.pdf> (accessed: 05.11.2022).

шпигунства (ст. 111) або шпигунство (ст. 114), тягне відповідальність за вказаними статтями і виключає можливість притягнення особи до відповідальності за ст. 114².

Якщо ж поширювана інформація не належала до державної таємниці, то її передача громадянином України іноземній державі або її представникам може становити державну зраду у формі надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України лише за умови, що факт надання такої допомоги охоплювався умислом цієї особи і, крім того, вона мала на меті заподіяння шкоди суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України. У разі ж, якщо охоплення вказаного факту умислом суб'єкта не встановлене або не встановлена названа мета його дій, то кваліфікація скоєного як державної зради виключається і особа підлягає відповідальності за ч. 3 ст. 114².

Четвертою і останньою кваліфікуючою ознакою, передбаченою ч. 3 ст. 114², є спричинення діями, передбаченими частинами 1 або 2 цієї статті, *тяжких наслідків*. Зміст цієї ознаки законодавець стосовно цього складу злочину не розкриває, але тлумачення її в системі з аналогічними ознаками в інших складах злочинів дає змогу вважати, що *під тяжкими наслідками слід розуміти, принаймні*: заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень хоча б одній людині (українському комбатанту, не комбатанту чи цивільній особі), окупацію частини території України, втрату зброї, озброєння чи боєприпасів (на суму, що, принаймні, в одну тисячу разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян – див., *ad modum*, п. 4 примітки до ст. 111¹) та інші, не менш тяжкі за названі наслідки. З цією кваліфікуючою ознакою склад злочину стає матеріальним і є закінченим з моменту настання тяжкого наслідку. Форма вини у цьому складі законодавцем не визначена, а тому при однозначно умисному ставленні особи до її діяння (поширення інформації), допустимим є як умисне, так і необережне ставлення до настання тяжкого наслідку. Водночас, якщо до тяжкого наслідку у виді смерті іншої особи буде встановлено умисну форму вини суб'єкта цього злочину, скоєне підлягатиме кваліфікації за частинами 1, 2 або 3 (якщо встановлені *інші, крім умисного заподіяння смерті*, кваліфікуючі ознаки з цієї частини) ст. 114² і відповідною частиною ст. 115 КК України.

Кримінально-правові засоби являють собою визначені в санкціях статей Особливої частини КК України або в статтях його Загальної частини обмеження прав і свобод, що підлягають застосуванню судом до особи, яка вчинила відповідне кримінальне правопорушення²⁵. *Санкції* усіх час-

²⁵ Ю Пономаренко, *Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень* (Право 2020) 51–95.

тин ст. 114² є простими з відносно визначеним основним покаранням²⁶. Це означає, що за загальним правилом суди зобов'язані призначати за ці злочини виключно позбавлення волі у їхніх межах. Винятки становить лише можливе застосування ст. 69 (призначення покарання нижче нижчої межі або перехід до іншого, більш м'якого виду покарання), а також ч. 1 ст. 58 і ч. 1 ст. 62, які, відповідно, допускають можливість застосування службових обмежень для військовослужбовця або тримання військовослужбовця у дисциплінарному батальйоні. Крім того, можливе і посилення міри покарання, порівняно з передбаченим у санкції, шляхом призначення додаткових покарань у виді позбавлення військового чи спеціального звання, рангу, чину чи кваліфікаційного класу (на підставі ст. 54, лише за злочини, передбачені частинами 2 або 3 ст. 114²) або позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю (на підставі ч. 2 ст. 55). Відповідно до положень ч. 3 ст. 102 неповнолітньому за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 114², позбавлення волі може бути призначене на строк від 3 до 4 років; за ч. 2 – від 5 до 7 років; за ч. 3 – від 8 до 10 років.

Оскільки всі злочини, передбачені ст. 114², є умисними, то не виключається можливість готування до них (ст. 14) і замаху на них (ст. 15) із застосуванням спеціальних правил призначення покарання за ці стадії незакінченого злочину (ст. 68). Водночас дивним і непояснюваним виглядає доповнення правила, передбаченого у ч. 4 ст. 68, положенням про те, що довічне позбавлення волі *може бути* застосоване за готування до або замаху на злочин, передбачений ст. 114², тоді як жодна з санкцій названої статті цього виду покарання не передбачає. Безумовно, це доповнення слід віднести до однієї із помилок законодавця.

Зміст санкцій, встановлених у ст. 114², свідчить про те, що діяння, передбачене ч. 1, є нетяжким злочином, ч. 2 – тяжким злочином, ч. 3 – особливо тяжким злочином, що має цілу низку своїх кримінально-правових наслідків. Зокрема:

1) іноземець або особа без громадянства, яка постійно не проживає в Україні, підлягає в Україні кримінальній відповідальності лише якщо він або вона за її межами вчинив злочини, передбачені частинами 2 або 3 ст. 114², і не підлягає – у разі вчинення за межами України злочину, передбаченого ч. 1 цієї статті (ч. 1 ст. 8). Натомість громадянин України або особа без громадянства, яка постійно проживає в Україні, підлягає в Україні кримінальній відповідальності у разі вчинення за її межами злочину, передбаченого будь-якою частиною ст. 114² (ст. 7);

2) караним є готування до будь-якого з цих злочинів (ч. 2 ст. 14);

²⁶ О Євдокімова, 'Питання класифікації санкцій КК України' (2009) 102 Проблеми законності 148–53.

3) звільнення від кримінальної відповідальності можливе лише за злочин, передбачений ч. 1 ст. 114², і лише з підстав, передбачених статтями 47 або 48; звільнення від кримінальної відповідальності за злочини, передбачені частинами 2 і 3 цієї статті, не допускається за жодною підставою; злочини, передбачені всіма частинами ст. 114², не мають строків давності (ч. 5 ст. 49);

4) вчинення злочину, передбаченого будь-якою частиною ст. 114², уповноваженою особою юридичної особи від імені та в інтересах юридичної особи є підставою для застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру (п. 4 ч. 1 ст. 96³) тощо.

Висновки. Законодавчі реагування на кримінально-правові виклики, що їх поставила широкомасштабна фаза війни з Росією, часто мали характер ситуативних рефлексій. Зі свого боку це обумовило те, що новели КК України, спрямовані на формування підгалузі кримінального права періоду воєнного стану, не тільки стали інструментом для протидії новим формам суспільно небезпечних і протиправних діянь, а й предметом критики, осмислення і подальшого розвитку. Безумовно, у результаті них будуть вироблені більш досконалі норми цієї підгалузі кримінального права, що знайдуть відображення і в чинному, і в майбутньому КК України, і застосування яких дасть змогу більш ефективно захистити свободу і порядок в Україні.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Movchan R, "Voieni" novely Kryminalnoho kodeksu Ukrainy: pravotvorchi ta pravozastosovchi problemy (Norma prava 2022) (in Ukrainian).
2. Ponomarenko Yu, *Zahalna teoriia vyznachennia karanosti kryminalnykh pravoporushen* (Pravo 2020) (in Ukrainian).

Edited books

3. *Kryminalne pravo Ukrainy: Osoblyva chastyna: pidruchnyk* (Tatsii V, Borysov V, Tiutiuhin V red, 6th edn, Pravo 2020) (in Ukrainian).
4. *Novely kryminalnoho zakonodavstva Ukrainy, pryiniati v umovakh voiennoho stanu: naukovo-praktychnyi komentar* (Vozniuk A, Movchan R, Chernei V red, Norma prava 2022) (in Ukrainian).

Dictionaries

5. *Slovyk ukrainskoi movy*, t 5 (Academy of Sciences of the Ukrainian SSR, Institute of Linguistics named after O O Potebnia, Naukova dumka 1974) (in Ukrainian).

Юрій Пономаренко

Journal articles

6. Ponomarenko Yu, 'Kryminalno-pravovi naslidky zaprovadzhennia v Ukraini voiennoho stanu' (2019) 145 Problemy zakonnosti 179 (in Ukrainian).
7. Yevdokimova O, 'Pytannia klasyfikatsii sanktsii KK Ukrainy' (2009) 102 Problemy zakonnosti 148 (in Ukrainian).

Conference papers

8. Kyrychko V, 'Obmezhenia konstytutsiinykh prav na informatsiiu pid chas voiennoho stanu shliakhom vnesennia zmin do Kryminalnoho kodeksu Ukrainy' v *Kryminalno-pravova okhorona informatsiinoi bezpeky: materialy VI mizhnar. nauk.-prakt. konferentsii* (Pravo 2022) 142–7 (in Ukrainian).
9. Politova A, 'Poshyrennia informatsii pro Zbroini Syly Ukrainy v umovakh zbroinoho konfliktu: kryminalno-pravovy aspekt' v *Kryminalno-pravova okhorona informatsiinoi bezpeky: materialy VI mizhnar. nauk.-prakt. konferentsii* (Pravo 2022) 153–7 (in Ukrainian).
10. Ponomarenko Yu, 'Kryminalno-pravove reahuvannia na aktualnyi vyklyk informatsiini bezpetsi v umovakh voiennoho stanu (sproba naukovoho komentaria do st. 114–2 KK)' v *Kryminalno-pravova okhorona informatsiinoi bezpeky: materialy VI mizhnar. nauk.-prakt. konferentsii* (Pravo 2022) 117–35 (in Ukrainian).
11. Timofieieva L, 'Informatsiina viina ta informatsiina oborona v suchasnykh realiiakh kryminalnoho prava Ukrainy' v *Kryminalno-pravova okhorona informatsiinoi bezpeky: materialy VI mizhnar. nauk.-prakt. konferentsii* (Pravo 2022) 236–8 (in Ukrainian).

Websites

12. Khavroniuk M, 'Poshyrennia informatsii pro viiskovu dopomohu ta dii viiskovykh Ukrainy: kryminalna vidpovidalnist' (*Tsentr polityko-pravovykh reform*, 28.04.2022) <<https://pravo.org.ua/blogs/poshyrennya-informatsiyi-pro-vijskovu-dopomogu-ta-diyi-vijskovyh-ukrayiny-kryminalna-vidpovidalnist>> (accessed: 05.11.2022) (in Ukrainian).

Yuriy Ponomarenko

UNAUTHORIZED DISSEMINATION OF MILITARILY
SIGNIFICANT INFORMATION:
ISSUES OF CRIMINAL LAW QUALIFICATION
AND CRIMINAL LAW REMEDIES APPLICATION

ABSTRACT. Since the beginning of the current Russian-Ukrainian war, an independent subsystem of norms designed for application under martial law has been formed in the criminal law of Ukraine. Among the articles of the Criminal Code which embodies such norms, one of the most used in judicial practice and, at the same time, controversial in scientific cognition is Article 114² which provides for criminal liability for unauthorized dissemination of information on the sending, movement of weapons, armaments and ammunition to Ukraine, movement or location of the Armed Forces of Ukraine or other

www.pravolia.com.ua

military formations formed in accordance with the laws of Ukraine, committed under martial law or a state of emergency (militarily significant information).

The purpose of the article is to describe the corpus delicti of crimes provided for in Parts 1, 2 and 3 of Article 114² of the Criminal Code, and the peculiarities of criminal legal remedies to be applied to persons whose actions are qualified under the above provisions.

The content of all the features of each element of the main corpus delicti provided for in parts 1 and 2 of Art. 114², as well as qualifying features provided for in part 3 of this article, is established. Through a systematic interpretation of the provisions of the Criminal Code and other acts of legislation of Ukraine, the content of such ambiguously assessed in the literature features as the subject of this crime (information disseminated), the time of its commission (under martial law), guilt (direct intent in the main elements), motive, purpose, etc. is revealed. The issue of criminal legal remedies to be applied to the person who committed the crime under study is separately disclosed. Moreover, such remedies are defined systematically: both those provided for by the sanctions of Art. 114² (punishment) and those that can be applied on the basis of the provisions of the General Part of the Criminal Code.

The reserves for further improvement of the criminal law provisions on liability for dissemination of militarily significant information, which can be implemented both in the current and in the future Criminal Code of Ukraine, are identified.

KEYWORDS: criminal law; national security; information; state secret; corpus delicti; criminal law qualification; criminal liability; criminal law remedies.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Напад та російська агресія проти нашої держави вплинули на всі процеси, які відбуваються в Україні. Змін зазнала як військово-політична доктрина захисту України, так і трансформувалася під умови воєнного стану енергетична, банківська, продовольча сфери, сфера охорони здоров'я, освіти... Абсолютно на всіх і кожного у державі вплинув загарбницький наступ Росії і кожен на собі відчув вплив війни.

Війна Росії проти України – це найбільший удар, який зазнала наша держава після Другої світової війни. Адже й під час Другої світової війни на території України велися активні бойові дії, була сильно пошкоджена інфраструктура і відновлення потребувало значних зусиль і часу.

Проте в ці дні, коли триває російська війна проти мирної України, в очах звичайних громадян змінилася оцінка важливості держави в охороні як життя конкретної людини, так і національної безпеки загалом. Війна показала, наскільки важливим об'єктом кримінально-правової охорони є безпека держави.

Тож цілком підставно можна констатувати, що сьогодні завданням України є розроблення такої стратегії для відсічі ворогу, яка б дала змогу виявити зрадників та інших осіб, які вчиняють діяння, спрямовані на підриєв національної безпеки України. І далеко не останню роль у стримуванні, зупиненні і покаранні таких осіб відіграє кримінальний закон (Наталя Антонюк “Зміни до злочинів проти основ національної безпеки: криміналізація чи диференціація кримінальної відповідальності”).

Пріоритетною метою стратегії національної безпеки є саме безпека держави. Стратегія національної безпеки України на сучасному етапі повинна реалізовуватися за принципом “безпека держави – безпека людини”. Сама ж безпека є поняттям, що уособлює всі найважливіші людські цінності – життя, здоров'я, честь, гідність, недоторканність. Атрибути української державності є пріоритетними в контексті кримінально-правового захисту, бо їхня вразливість, незахищеність створює загрози для кожної людини зокрема й українського суспільства загалом (Оксана Кваша “Родовий об'єкт злочинів розділу I Особливої частини Кримінального кодексу України: держава & національна безпека”).

Законодавець відреагував на зміну безпекової ситуації в державі та масштабну хвилю російської агресії проти України через внесення змін до розділу I Особливої частини Кримінального кодексу України (далі – КК України), а саме до злочинів проти основ національної безпеки України.

Науковці по-різному оцінили доцільність і своєчасність внесення таких змін. Зокрема, йшлося про те, що внесення будь-яких змін до кримінального закону в той період, коли відповідний розділ кодексу “на піку застосування” є доцільним лише у тих випадках, коли такі зміни є критичними, тобто якщо без них кримінальний закон не реагує або ж неадекватно реагує на ті загрози, які посягають на охоронювані ним цінності (Наталія Антонюк “Зміни до злочинів проти основ національної безпеки: криміналізація чи диференціація кримінальної відповідальності”).

Визначальним також є те, що всі науковці констатують життєву необхідність кримінально-правової охорони національної безпеки та звертають увагу на суспільну небезпечність тих кримінально каранних діянь, які містяться у розділі I Особливої частини КК України. Паралельно у наукових працях наголошують, що у цьому розділі взагалі не може бути проступків, натомість усі діяння повинні бути саме злочинами, констатують на назві розділу, який, на відміну від інших розділів, не містить фрази “кримінальні правопорушення”, а безпосередньо згадує лише про злочини.

Проте в контексті оцінки внесених законодавцем змін після початку повномасштабної російської агресії, науковцям довелося висувати, що нерідко внесення законодавцем змін до кримінального закону виливается у фактичне пом'якшення відповідальності всупереч намірам законодавця, а перед практикою породжує проблеми вирішення конкуренції між раніше існуючими положеннями КК України та законодавчими новелами (Вячеслав Навроцький “Загальні, спеціальні та казуїстичні склади кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України”).

У цьому дослідженні спеціальної теми науковці вдалися до аналізу найдискусійніших питань, які виникли як перед теоретиками, так і перед практиками у зв'язку зі змінами, внесеними до злочинів проти основ національної безпеки. Наукові позиції щодо деяких питань не можна вважати однотайними, оскільки вони отримали різну оцінку дослідників. Проте щодо частини запитань варто констатувати відносну єдність поглядів.

Щодо складів злочинів, які передбачені статтями 109 та 110 КК України, важливим є правильне встановлення змісту відомостей, на які безпосередньо вказує законодавець під час опису відповідного виду публічних закликів у диспозиції статті (частини статті), які є обов'язковими для кваліфікації вчиненого як заклик. Так, для публічних закликів, передбачених ч. 2 ст. 109 КК України, такими є: 1) вказівка на зміну конституційного ладу (наприклад, зміну форми державного устрою чи демокра-

тичного режиму на недемократичний), його повалення чи захоплення державної влади; 2) вказівка на насильницький спосіб таких дій (зокрема, зміни конституційного ладу). Для публічних закликів, передбачених ст. 110 КК України, такими є вказівки на: 1) зміну меж території України; 2) здійснення такої зміни у спосіб, що не передбачений Конституцією (без проведення всеукраїнського референдуму, проголошеного Верховною Радою України) (Микола Рубашенко “Особливості кваліфікації публічних закликів та заперечень як інформаційних діянь”).

Варто зауважити, що про поняття заклику йдеться не лише у складах злочинів, які передбачені статтями 109 і 110 КК України. Згадка про публічність має місце й у частинах 1 та 5 ст. 111¹ КК України (форми колабораціонізму).

Діяння, передбачене ч. 1 ст. 111¹ КК України, необхідно розмежувати зі ст. 436² “Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників”. В останній статті передбачено більше альтернативних діянь, на відміну від ч. 1 ст. 111¹ КК України, де йдеться тільки про публічні заперечення.

Ознака публічності в означених складах є відмінною, проте аж ніяк не розмежувальною. Зміст інформації, який заперечується суб’єктом (у ст. 111¹ КК України – здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України; у ст. 436² КК України – збройної агресії Російської Федерації проти України, розпочатої у 2014 р., зокрема й представленням збройної агресії Російської Федерації проти України як внутрішнього громадянського конфлікту), також частково збігається.

Проте об’єктом складу злочину, передбаченого ст. 436² КК України, є безпека людства, яка також охоплює і національну безпеку як об’єкт складу злочину, передбачений ст. 111¹ КК України. Тож фактично можна підсумувати, що у разі вчинення кримінально караного діяння у формі заперечення, ст. 436² КК України охоплює ч. 1 ст. 111¹ КК України.

Важливо зауважити, що у тих складах кримінально караних діянь, у яких ідеться про заклики до певної поведінки, з суб’єктивної сторони не потрібно доводити, що суб’єкт заклику мав на меті здійснення успішного (результативного) впливу на адресата, і тим більше, бажання вчинення відповідних діянь у майбутньому. Достатньо встановити усвідомлення суб’єктом суспільно небезпечного характеру повідомлюваних відомостей та бажання таке повідомлення вчинити (Микола Рубашенко “Особливості кваліфікації публічних закликів та заперечень як інформаційних діянь”).

Одним із найдискусійніших питань, що стосуються системи злочинів проти основ національної безпеки України, є оцінка появи складу “Колабораційної діяльності”. Більшість дослідників констатували, що поява цієї статті, яка містить велику кількість складів окремих кримінально-караних діянь, призвела до надмірної казуїстики; вона в деяких випадках потягнула криміналізацію діянь, що не були кримінально караними, однак здебільшого виразилася у диференціації кримінальної відповідальності.

Для того аби спростити розмежування державної зради та колабораціонізму, максимально розвести сфери застосування цих статей, навіть пропонують застосувати так званий контекстуальний елемент. Нагадаємо, що контекстуальний елемент властивий воєнним злочинам. Проте деякі дослідники пропонують констатувати обов’язковою для колабораціонізму таку ознаку, як вчинення діяння “в умовах окупації”, аргументуючи, що ця ознака мала б бути іманентна будь-якій формі колабораційної діяльності за природою цього явища. Змістом контекстуального елементу повинен стати контекст окупації: колабораційна діяльність здійснюється тільки у цьому контексті, в умовах окупації. Вчинення ж поведінки, яка по суті полягає у наданні допомоги іноземній державі (навіть державі-агресору) допомоги у підривній діяльності проти України не у контексті окупації, не в її умовах, не повинно фактично пом’якшувати кримінальної відповідальності, а повинно тягнути її за ст. 111 КК України “Державна зрада” (Олександр Марін “Кримінально-правові варіації державної зради у кримінальному кодексі України”).

Через детальний аналіз складів колабораціонізму обґрунтовано те, що у низці випадків державна зрада і колабораційна діяльність є самостійними складами злочинів, які не накладаються і можуть бути інкриміновані особі за ідеальною сукупністю. Ідеться про факти добровільного зайняття громадянином України посад, які вказані у частинах 2, 5 і 7 ст. 111¹ КК України та подальше здійснення підривної діяльності проти України, ухвалюючи рішення і вчиняючи дії на цих посадах, що становить склад державної зради (ст. 111 КК України) (Наталія Антонюк “Зміни до злочинів проти основ національної безпеки: криміналізація чи диференціація кримінальної відповідальності”).

Водночас спеціальними різновидами колабораційної діяльності науковці називають здійснення пропаганди у закладах освіти, впровадження стандартів освіти держави-агресора у закладах освіти (ч. 3 ст. 111¹ КК України); передачу матеріальних ресурсів певним адресатам, пов’язаним з державою-агресором (ч. 4 ст. 111¹ КК України); участь в організації та проведенні незаконних виборів та/або референдумів на тимчасово-

во окупованій території або публічні заклики до таких дій (ч. 5 ст. 111¹ КК України); організацію та проведення заходів політичного характеру тощо (ч. 6 ст. 111¹ КК України).

Щодо колабораційної діяльності у сфері освіти (ч. 3 ст. 111¹ КК України) наголошено, що поняття пропаганди потрібно тлумачити в негативному (деструктивному) значенні. Коли ж ідеться про дії, спрямовані на впровадження стандартів освіти держави-агресора в закладах освіти, слід констатувати, що вони можуть полягати у вчиненні будь-яких актів поведінки з виконання та втілення вимог до обов'язкових результатів навчання і компетентностей здобувачів освіти того чи іншого рівня, що розроблені державою-агресором (Євген Письменський “Колабораційна діяльність у сфері освіти: проблеми тлумачення та вдосконалення кримінального закону”).

Певні труднощі виникають під час розмежування ч. 4 ст. 111¹ КК України та ст. 111² КК України.

Науковці звернули увагу, що передача матеріальних ресурсів охоплює діяльність, пов'язану із матеріально-технічним, інформаційним і фінансовим забезпеченням незаконних збройних чи воєнізованих формувань, створених на тимчасово окупованій території, або збройних чи воєнізованих формувань держави-агресора. Проведення господарської діяльності слід вважати закінченим з моменту початку виникнення господарських відносин із державою-агресором, незаконними органами влади, створеними на тимчасово окупованій території, зокрема й окупаційною адміністрацією держави-агресора (Андрій Беніцький “Особливості кримінально-правової кваліфікації злочинів, передбачених ч. 4 ст. 111¹ Кримінального кодексу України, та розмежування їх із суміжними складами злочинів”).

Як пособництво державі-агресору слід розглядати широкий комплекс взаємопов'язаних дій щодо добровільного збору, підготовки та/або передачі матеріальних ресурсів. Ключовим, що відрізняє їх від колабораціонізму, є факт акумуляції чужих матеріальних ресурсів, оскільки такі дії фактично є активною допомогою ворогу в частині підшукування, збирання, зберігання, передавання, перевезення тощо зібраних матеріальних ресурсів (Наталія Антонюк “Зміни до злочинів проти основ національної безпеки: криміналізація чи диференціація кримінальної відповідальності”).

Звернуто увагу на те, що законодавець *sui generis* передбачив у окремій статті кримінального закону кримінальну відповідальність за пособництво державі-агресору. Однак слід пам'ятати, що виконавські дії можуть бути кваліфіковані як державна зрада. Стаття 111² КК

України не перекреслює складу державної зради. Вона існує зі ст. 111 КК України паралельно, оскільки у цих статтях криміналізовано вчинення певних, визначених диспозицією діянь, з урахуванням ролі, яку виконувала особа.

Ще однією новелою кримінального закону стала поява ст. 114² КК України “Несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану”. Суспільна небезпечність означених діянь є очевидною, тому сумнівів у правильності законодавчого кроку немає.

Інформація, яка є предметом складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 114² КК України, стосується трьох альтернативних діянь, кожне з яких може бути вчинене щодо принаймні одного з трьох предметів: 1) зброї; 2) озброєння; 3) бойових припасів.

Дослідники пропонують тлумачити термін “зброя” не як синонім до терміна “озброєння”, а як такий, що позначає собою більш широке за змістом поняття, що охоплює і озброєння, і будь-які інші види зброї, тобто предмети, засоби, пристрої, механізми, що призначені для враження живої сили чи техніки ворога. Як наслідок, під поняття “зброя” потрапляють не лише стрілецька, артилерійська, ракетна чи будь-яка інша зброя, а й бойові машини чи інші механізми, на яких вона встановлена (літаки, безплатні літальні апарати, танки, бойові машини, бронетранспортери тощо), а також механізми, призначені для її використання (технічні засоби захисту апаратури, апаратура для розвідки, апаратура радіоелектронної боротьби тощо) (Юрій Пономаренко “НЕСАНКЦІОНОВАНЕ ПОШИРЕННЯ ВІЙСЬКОВО ЗНАЧИМОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ”).

Звернуто увагу на те, що інформація, як предмет цього злочину, має три ознаки: фізичну (являє собою відомості або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному виді), соціальну (така інформація є значущою для забезпечення обороноздатності України, належної відсічі іноземній збройній агресії, для збереження життя і здоров'я військовослужбовців, цілісності зброї, озброєння та бойових припасів, успішного і якісного проведення нашими військами бойових дій тощо), юридичну (інформація є таємною та охоронюваною) (Юрій Пономаренко “НЕСАНКЦІОНОВАНЕ ПОШИРЕННЯ ВІЙСЬКОВО ЗНАЧУ-

ЩОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ ТА ЗАСТОСУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИХ ЗАСОБІВ”).

Наукові дослідження проблематики злочинів проти основ національної безпеки будуть продовжуватися і, безумовно, їх слід визнати актуальними. Адже правозастосовувачі щоденно стикаються із новими проблемами, які потребують наукового осмислення та аналізу.

Звісно, у мирний час зазвичай науковці мають багато часу на осмислення, дискусії щодо наукових проблем і формулювання відповідних висновків для практики правозастосування. Однак у ситуації зі злочинами проти основ національної безпеки і тим фактом, що у ці дні ведеться загарбницька війна Росії проти України, питання наукової розробки та формулювання пропозицій для практиків є терміновим завданням.

Фактично у ситуації, яка у режимі реального часу полягає у здійсненні кримінально-правової оцінки вчиненого, практика часто рухається перед науковими напрацюваннями щодо досліджуваної нами проблематики, тож правозастосувач активно відстежує наукові розвідки щодо кримінально-правової охорони національної безпеки України. Варто відзначити, що вітчизняні науковці активно працюють над вивченням кримінально караних посягань, спрямованих на національну безпеку України, обговорюють ті проблеми, які стосуються цієї проблематики на наукових конференціях, симпозіумах та круглих столах.

Проте важливо забезпечити діалог і швидку комунікацію між науковцями та практиками, надати правозастосувачам науково-практичні коментарі щодо застосування нових складів злочинів проти основ національної безпеки та співвідношення цих складів між собою та із суміжними посяганнями. Зі свого боку практики є джерелом отримання інформації про величезну кількість практичних ситуацій, яка викликає питання у частині кримінально-правової оцінки.

Тож висновки за результатами дослідження цієї спеціальної теми, наукові публікації щодо тих складів злочинів, які найчастіше інкримінуються у нових провадженнях, що вносяться до Єдиного реєстру досудових розслідувань, покликані з одного боку – надати практичні рекомендації правозастосувачу, а з другого – спонукати вчених до продовження наукових пошуків щодо тих питань, які не знайшли однакового вирішення на шпальтах наукових видань чи у судовій практиці.

Ну і, звісно, не слід забувати про законодавця, який повинен почувати наукові позиції щодо необхідності своєчасного внесення змін до кримінального закону з урахуванням того, що кожна зміна повинна

бути викликана потребою і повинна мати наукове підґрунтя та практичну необхідність.

Найголовніше, що є визначальним для кожного українця у цей час – це віра у Збройні Сили України, впевненість у перемозі та розуміння того, що кожен, хто вчинив злочин, буде справедливо притягнутий до кримінальної відповідальності за вчинене, а покарання буде невідворотним.

*За редакцією
координаторки актуальної теми
“ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ
КРИЗЬ ПРИЗМУ ДОКТРИНИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРАКТИКИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ”,
кандидатки юридичних наук, доцентки, судді Верховного Суду,
секретаря Першої судової палати Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду
НАТАЛІЇ АНТОНЮК*

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ:
“ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ
УКРАЇНИ КРІЗЬ ПРИЗМУ ДОКТРИНИ КРИМІНАЛЬНОГО
ПРАВА ТА ПРАКТИКИ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ”

1. *Актуальні проблеми кримінально-правової охорони основ національної безпеки України: матеріали круглого столу* (м Харків, 26 травня 2017 р, Борисов В, Демидова Л уклад, Юрайт 2017).
2. Антонюк Н, ‘Державна зрада і колабораційна діяльність: питання кримінально-правової кваліфікації’ [2021] 4 (37) Слово Національної школи суддів України 56–68.
3. Загинеї З, ‘Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України як спосіб вчинення державної зради’ [2017] 1 (47) Науковий вісник Національної академії прокуратури України 86–101.
4. Кириченко О, Книженко О, Комашко В, Шамара О, ‘Вдосконалення кримінальної відповідальності за злочини проти основ національної безпеки України – проблеми трансформації кримінального законодавства в сучасних умовах’ [2021] 2 (116) Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ 200–10.
5. Кончук Н, ‘Кримінальна відповідальність за державну зраду’ (дис канд юрид наук, 2019) 92.
6. Кравчук О, Бондаренко М, ‘Колабораційна діяльність: науково-практичний коментар до нової статті 111¹ КК’ (2022) 3 Юридичний науковий електронний журнал 198–204.
7. *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (м Харків, 5 трав 2022 р, Баулін Ю, Пономаренко Ю упоряд та заг ред, Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого, Нац шк суддів України, Громад орг “Всеукр асоц кримін Права”, НДІ вивч проблем злочинності ім акад В В Сташиса, Право 2022).
8. *Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану: матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції (електронне видання)* (20 квітня 2022 р, Письменський Є упоряд, Нац акад внутр справ, Львів держ ун-т внутр справ, Дніпропет держ ун-т внутр справ, Луган держ ун-т внутр справ ім Е О Дідоренка, 2022) 125.
9. Кузнецов В, Сийплові М, ‘Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність як новий виклик сьогодення’ (2022) 70 Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія “Право” 386.
10. Мовчан Р, ‘Воєнні” новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми (Норма права 2022) 244.
11. Письменський Є, ‘Колабораціонізм у сучасній Україні як кримінально-правова проблема’ (2020) 12 Право України 116–28.

12. Письменський Є, Мовчан Р, 'Ідеологічний та культурно-освітній колабораціонізм: окремі проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства' (2022) 2 Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ 8–16.
13. Пономаренко Ю, 'Кримінально-правові наслідки запровадження в Україні воєнного стану' (2019) 145 Проблеми законності 179–92.
14. Рубашенко М, *Кримінальна відповідальність за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України* (Право 2016) 286.
15. Українська кримінальна юстиція в умовах війни: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (м Львів, 9–11 червня 2022 року, Газдайка-Василишин І упоряд, ЛьвДУВС 2022) 272.
16. Чорний Р, 'Поняття, система та кримінально-правова характеристика складів злочинів проти основ національної безпеки України' (автореф дис д-ра юрид наук, 2021) 42.
17. Чуваков О, 'Кримінально-правова протидія злочинам проти основ національної безпеки України: теорія і практика' (автореф дис д-ра юрид наук, 2017) 33.



МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Олексій Кресін

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Міжнародної академії
порівняльного права,
завідувач Центру порівняльного правознавства
Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4016-6596>
okresin@gmail.com

УДК 341.123.042

ПИТАННЯ ЩОДО ХАРАКТЕРУ РЕЗОЛЮЦІЙ ГЕНЕРАЛЬНОЇ АСАМБЛЕЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ОБ'ЄДНАНИХ НАЦІЙ У ДОКТРИНИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА*

*Статтю присвячую пам'яті видатного
польського дипломата і вченого Кшиштофа Скубішевського,
автора знакового дослідження цієї проблематики.*

АНОТАЦІЯ. У статті систематизовано і класифіковано погляди вчених щодо проблеми правової чи політичної нормативності актів Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (ГА ООН), не пов'язаних із вирішенням питань організаційного розвитку ООН. Вихідною позицією для формування позицій частини вчених є традиційний постулат щодо неприпустимості надання міжнародним організаціям будь-яких наднаціональних повноважень, що передбачає розуміння резолюцій ГА ООН як рекомендаційних із морально-політичним значенням. У зв'язку із цим поширеним і найбільш розвинутим є розуміння резолюцій ГА ООН як політичних актів, що відображають або створюють прийнятні для всіх чи більшості держав стандарти належної та правомірної політики щодо конкретної ситуації або у певній сфері діяльності. Також резолюції ГА ООН визнаються проєктами майбутнього права (*de lege ferenda*), м'яким правом, допоміжним джерелом міжнародного права (роль у формуванні норм міжнародного звичаєвого права). Щодо усього цього існує консенсус, резолюціям ГА ООН приписується уповноважуюча функція, заснована на презумпції правомірності чи неправомірності поведінки держав. Натомість кваліфікація деякими дослідниками резолюцій ГА ООН як юридично обов'язкових односторонніх актів держав або ООН як міжнародної організації, а також як інтерпретаційно-правових актів, залишається спірною.

Ключові слова: джерела міжнародного права; доктрина міжнародного права; м'яке міжнародне право; міжнародне звичаєве право; односторонній акт держави; інтерпретаційно-правовий акт.

* Дослідження підготовлене за підтримки Фонду імені Кшиштофа Скубішевського (Варшава).

Проблема правової чи політичної нормативності актів Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (далі – ГА ООН) має глибоке теоретичне і практичне значення. Вона стала предметом низки досліджень юристів-міжнародників, але відповідні фундаментальні праці були написані багато десятиліть тому і не враховують розвитку практики й доктрини пізнішого часу. Натомість в інших працях вона розглядається коротко або побічно.

Неоднозначність правових засад повноважень ГА ООН була нами розглянута в іншій праці¹. Складність розуміння цих питань відображена у характеристиці, наданій резолюціям ГА ООН українським ученим В. Денисовим: хоча вони ‘не мають обов’язкової сили для урядів держав – членів ООН, вони є вагомими як вираження колективної думки держав із важливих питань або як моральна санкція з боку міжнародного співтовариства’, а їх положення можуть ставати основою для формування звичаєвих норм міжнародного права, становити тлумачення міжнародних договорів, ‘сприймаються як авторитетні свідчення міжнародно-правових принципів у обставинах, за яких укладення формального договору не може бути досягнуто’².

Одне з найбільш комплексних і фундаментальних досліджень цієї проблематики було здійснене польським ученим, дипломатом і державним діячем К. Скубішевським у 1985 р. як керівником і доповідачем спеціальної комісії, створеної Інститутом міжнародного права, а згодом і основним автором та редактором колективних висновків комісії у 1987 р. Ця праця була присвячена резолюціям ООН як недоговірним інструментам, які ‘чітко встановлюють загальні та абстрактні норми поведінки’, є зовнішніми (тобто не регулюють суто внутрішні організаційні питання) та виконують нормативну функцію чи мають нормативну мету³. Також природа резолюцій ГА ООН була докладно розглянута у дослідженні видатного італійського юриста-міжнародника Г. Аранжіо-Руїза у 1979 р.⁴

Серед інших досліджень відзначимо ті, де запропоновано елементи класифікації. М. Уберг у статті 2006 р. класифікував наслідки резолюцій ГА ООН на зобов’язальні, інші змістовні (зокрема, уповноважуючі (*authorizing*) та уможлиблюючі (*empowering*)), а також каузальні

¹ О Кресін, ‘Характер повноважень та актів Генеральної Асамблеї ООН: статутні положення та еволюція їх тлумачення’ (2022) 7 Право України 112–26.

² В Денисов, ‘Організація Об’єднаних Націй’ *Енциклопедія міжнародного права*, т 3: М–Я (Шемшученко Ю, Денисов В ред, Академперіодика 2019) 455; В Денисов, ‘Резолюції Генеральної Асамблеї ООН’ в *Енциклопедія міжнародного права*, т 3: М–Я (Шемшученко Ю, Денисов В ред, Академперіодика 2019) 684–5.

³ Kr Skubiszewski, ‘The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective. Resolutions of the General Assembly of the United States’ [1985] 61 (I) *Annuaire. Institut de Droit International. Session d’Helsinki* 32–3.

⁴ G Arangio-Ruiz, *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the system of the sources of international law* (Sijthoff & Noordhoff 1979).

(*causative*) та модальні (*modal*)⁵. М. Рамсен у дослідженні 2022 р. вважає однією з ключових функцій ГА ООН колективну легалізацію, елементами якої є: декларування міжнародних норм (квазізаконодавство), прикладення норм до ситуації (квазісудочинство), заклик до держав вжити певних дій згідно з міжнародним правом (рекоме́ндація), юридична авторизація державам діяти з метою повернути держави-порушницю до виконання їх зобов'язань (уповноваження)⁶.

Також слід звернути увагу, що нам поки не траплялися спроби розглянути повноваження і характер актів ГА ООН еволюційно, в їх розвитку. Питання про це було поставлене, зокрема, відомими вченими П. Маланчуком та М. Шоу. П. Маланчук зазначав, що реальне співвідношення діяльності Ради Безпеки (далі – РБ) ООН і ГА ООН у різні періоди змінювалося залежно від співвідношення сил у цих органах та інтересів великих груп держав⁷. На думку М. Шоу, первинним задумом при створенні ООН було визначити ГА як парламентський дорадчий орган (окрім внутрішніх організаційних повноважень), а РБ надати повноваження приймати зобов'язальні рішення у певній сфері. Учений визначає ГА ООН як парламентський орган, 'палату дебатів, форум для обміну ідеями та обговорення широкого кола категорій проблем'. Але, зазначає він, ухвалення ГА ООН великої кількості дуже важливих резолюцій змінило ситуацію і мало справити вплив на напрям розвитку міжнародного права⁸. Додамо, що проблема осмислення еволюції компетенції дорадчих асамблей актуальна і щодо інших міжнародних організацій. Наприклад, у процесі своєї діяльності Парламентська Асамблея Ради Європи значною мірою вийшла за межі визначеного для неї консультативного статусу, її посилена роль визнається, хоча й не закріплена у статутних документах Ради Європи⁹.

На основі здійсненого дослідження пропонуємо власне узагальнення позицій учених із деякими елементами класифікації.

1. Насамперед слід зазначити, що вихідною позицією для формування позицій частини вчених є традиційний постулат щодо неприпустимості надання міжнародним організаціям будь-яких наднаціональних повноважень, що передбачає розуміння *резолюцій ГА ООН як рекомендаційних із невиразним морально-політичним значенням*. Тривале формування ідеї про походження міжнародних зобов'язань держави виключно з її суве-

⁵ M D Öberg, 'The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ' [2006] 16 (5) The European Journal of International Law 883, 905.

⁶ M Ramsden, 'Collective Legalization as a Strategic Function of the UN General Assembly in Responding to Human Rights Violations' (2022) The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper Forthcoming <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4048484> (accessed: 06.12.2022).

⁷ P Malanczuk, *Akehurst's modern introduction to international law* (7th revised ed, Routledge 1997) 379.

⁸ M N Shaw, *International Law* (8th ed, Cambridge University Press 2017) 86, 928, 930.

⁹ М Шварцева, 'Реформирование Парламентской Ассамблеи Совета Европы' (2015) 8/3 *Legea si Viata* 117.

ренної волі, узгодженої з волею інших держав, що відображається у договорах та звичаях, було викладене, наприклад, у справі *Lotus* у Постійній палаті міжнародного правосуддя у 1927 р. Принципом при цьому було проголошено: 'Обмеження незалежності держав не може презюмуватися'¹⁰.

Як зазначав К. Скубішевський, пояснюючи цю позицію, на відміну від реалій національного права повноваження міжнародного органу творити право для держав, не може презюмуватися, а повинно випливати з однозначного уповноваження самими державами. Якщо ж такого уповноваження, відображеного в установчому документі міжнародної організації, немає, то рішення відповідних органів мають лише рекомендаційний характер¹¹. П. Маланчук зазначав, що більшість резолюцій міжнародних організацій не має нічого спільного з міжнародним правом, а навіть якщо вони мають, то здебільшого рекомендують зміни, говорять про те, яким право має бути, а не яким воно є¹².

2. У зв'язку з цим поширеним і найбільш розвинутим є розуміння резолюцій ГА ООН як політичних актів, що відображають або створюють прийнятні для всіх чи більшості держав стандарти належної та правомірної політики щодо конкретної ситуації або у певній сфері діяльності.

На думку Р. Фалька, у багатьох контекстах 'характеристика норми як формально обов'язкової не так уже суттєво пов'язана з її функціональною дією як права'. Формальні обмеження статусу резолюцій ГА ООН не заважають багатьом із них 'набути нормативного статусу в міжнародному житті'. Їх нормативність полягає, зокрема, в їх авторитетності, й вона залежить від конкретних контекстуальних умов прийняття певної резолюції (очікування щодо дозволеної поведінки, обсяг і якість консенсусу, можливість забезпечення виконання положень), а також процесу реалізації резолюції ('вплив на поведінку' і визнання в юридичних колах, вплив на науку міжнародного права)¹³.

І. Клод основною політичною функцією ГА ООН називала колективну легітимізацію. Зважаючи на те, що відносини держав більшою мірою визначаються і контролюються політичними, а не юридичними міркуваннями, ГА ООН відіграє важливу роль у формуванні міжнародного консенсусу щодо схвалення або неприйняття вимог, політик та дій держав. Цей чинник посилюється у зв'язку з недостатньою ефективністю Міжнародного Суду (далі – МС) ООН, залежного від згоди держав на

¹⁰ R A Falk, 'On the quasi-legislative competence of the General Assembly' (1966) 60 The American Journal of International Law 784.

¹¹ Skubiszewski (n 3) 34–6.

¹² Malanczuk (n 7) 53.

¹³ Falk (n 10) 783–4, 786.

розгляд справ, що змушує держави шукати відповіді щодо правомірності своїх дій у рішеннях інших органів¹⁴.

На думку К. Скубішевського, резолюції ГА ООН встановлюють стандарти поведінки держав-членів. Вони мають рекомендаційний характер, але пізніше можуть трансформуватися у норми права – як, наприклад, Загальна декларація прав людини, яку при ухваленні розглядали як ‘спільний стандарт, якого треба досягти’¹⁵. Як зазначав Г. Лаутерпахт, хоча рекомендаційні резолюції не накладають зобов’язань, ‘у певних випадках вони надають правове уповноваження (*legal authorization*) певним членам індивідуально чи колективно діяти згідно з ними’¹⁶. Якою б не була компетенція ГА ООН, вона не є ані академічною, ані позбавленою наслідків. Підсумовуючи цей та інші погляди вчених, К. Скубішевський зазначав: ‘Резолюція, не вирішуючи питання однозначно, може слугувати одним із додаткових аргументів на користь правомірності чи, інакше, засобом легітимації певної поведінки’¹⁷.

На думку К. Скубішевського,

якщо держави не вирішать інакше, принципи права, що стверджуються в резолюції, безпосередньо застосовні у міждержавних відносинах. Майбутня розробка деталізованих норм є імпліцитною майже у кожному ствердженні чи проголошенні принципів, але це не є перешкодою для породження ними регулятивних наслідків та їх імплементації на практиці¹⁸.

Зрештою, К. Скубішевський визначав декларації ГА ООН загального змісту як нормативні резолюції. При цьому нормативність він розумів як поняття ширше, ніж юридична (зобов’язальна) сила. Нормативні резолюції – не тільки ті, що проголошують право, а й ті, що формулюють стандарт поведінки, який прагне набути статус права¹⁹.

В остаточних висновках спеціальної комісії Інституту міжнародного права під керівництвом К. Скубішевського 1987 р. було виокремлено такі типи резолюцій ГА ООН: а) резолюції, що безпосередньо формулюють чи повторюють загальні й абстрактні норми поведінки держав; б) резолюції, які присвячені конкретним ситуаціям, але які безпосередньо чи імпліцитно стверджують існування загального та абстрактного пра-

¹⁴ Аналіз за: Ramsden (n 6).

¹⁵ Skubiszewski (n 3) 57.

¹⁶ Separate Opinion of Judge Lauterpacht. South-West Africa-Voting Procedure, Advisory Opinion of June 7th, 1955 <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/24/024-19550607-ADV-01-03-BI.pdf>> (accessed: 06.11.2022).

¹⁷ Skubiszewski (n 3) 173–4; Kr Skubiszewski, ‘The elaboration of general multilateral conventions and of non-contractual instruments having a normative function or objective. Resolutions of the General Assembly of the United Nations. Definitive Report and Draft Resolution’ [1985] 61 (I) Annuaire. Institut de Droit International. Session d’Helsinki 312.

¹⁸ Skubiszewski (n 3) 231–2.

¹⁹ Skubiszewski (n 17) 310.

вила поведінки держав; в) резолюції, які адресовані конкретним державам, але які презюмують, що дотримання правила поведінки, котре вимагається від безпосередньо названої держави, буде вимагатися від усіх держав. При цьому різні положення однієї резолюції за своєю функцією можуть підтверджувати існування права, кристалізувати чи породжувати нове право, встановлювати стандарти застосування чи інтерпретації права²⁰.

На думку П. Маланчука, резолюції, що засуджують державу за порушення міжнародного права, є корисним інструментом тиску на цю державу з метою переосмислення нею її позицій. А резолюція, що засуджує державу за її агресію, припускає правомірність для інших держав виступити на захист жертви і заохочує зробити це. Тому РБ ООН часто, не маючи змоги ухвалити рішення з якогось питання, спеціально знімає його зі свого порядку денного з метою залишити свободу ухвалення резолюцій ГА²¹.

На думку авторів сучасного французького підручника з міжнародного права, уповноважуюча (дозвільна) сила резолюцій полягає, зокрема, в такому:

Якщо матеріальна і формальна сила рекомендації не підлягає оспоруванню, всі держави-члени мають право її застосовувати. Питання про їх міжнародну відповідальність не можна ставити, якщо вони діють згідно з резолюцією, а їх поведінка не може розцінюватися як незаконна у відносинах з іншими державами-членами, адже вони лише дотримуються вимог установчого акту організації²².

Тому рекомендація 'породжує нову правову ситуацію, якщо принципи, що встановлюються рекомендацією, не співпадають з нормами, які регулювали до цього часу відносини між державами'²³.

М. Уберг бачить сутність уповноважуючого ефекту резолюцій ГА ООН в 'узагальнених взаємних обов'язках не втручатися у здійснення певного права, а не конкретному взаємному обов'язку діяти'. Це скоріше привілей діяти, а не суб'єктивне право, що передбачає позитивні обов'язки певних адресатів²⁴.

Як стверджується у сучасній монографії, присвяченій філософії міжнародного права, норми таких резолюцій можуть вважатися координаційними, їх значення посилює демократичність, багатосторонність

²⁰ The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective. Thirteenth Commission. Session of Cairo – 1987. Rapporteur K. Skubiszewski (Institute of International Law. Compilation Resolutions 1873–2017) <<https://www.idi-ii.org/app/uploads/2019/06/Annexe-1bis-Compilation-Resolutions-EN.pdf>> (accessed: 06.11.2022).

²¹ Malanczuk (n 7) 379.

²² Н Куок Динь, П Дайе, А Пелле, *Международное публичное право*, т 1 (пер с фр, Сфера 2000) 230–1.

²³ Там само 230–1.

²⁴ Öberg (n 5) 895.

та інклюзивність їх творення, яку можна визначити як процесуальну легітимність²⁵.

На думку одного із сучасних учених, резолюції ГА ООН, окрім тих, що ухвалені з питань діяльності ООН,

містять рекомендації, не мають юридичної сили, але можуть відігравати певну роль у процесі соціального регулювання. Ці резолюції спираються на авторитет ООН і можуть добровільно реалізовуватися державами; крім того, деякі з них мають значення для формування норм звичаєвого права²⁶.

Як зазначає С. Талмон, резолюції ГА ООН надають підґрунтя для запровадження державами-членами колективних заходів, що не передбачають застосування сили. Учений, слідом за Г. Лаутерпахтом, відносить це до уповноважених повноважень:

Хоча рекомендація ГА ООН не може слугувати самодостатнім юридичним обґрунтуванням для поведінки, що інакше була б неправомірною, вона може встановити презумпцію того, що поведінка, рекомендована Асамблеєю, є правомірною з інших підстав²⁷.

Зокрема, це кваліфікація дій держави як загрози міжнародному миру та безпеці чи їх порушення, що, відповідно, порушує зобов'язання за Статутом ООН. У такому випадку рекомендація ГА ООН відіграє ще й координаційну функцію²⁸.

М. Шоу застерігав від приписування правового характеру всьому, що походить від ГА ООН, адже резолюції часто є результатом політичних компромісів і домовленостей, не претендуючи на творення обов'язкових норм: 'Слід бути дуже обережним при русі від багатоманіття практики до ідентифікації правових норм'²⁹.

Автори сучасного підручника пишуть про широку міжнародну нормативну систему, до якої входять як власне норми міжнародного права, так і інші норми морально-політичного характеру, що можуть розглядатися як м'яке право, міжнародні домовленості, "засіб доправового регулювання", створюються шляхом узгодження волевиявлення держав, 'розглядаються як обов'язкові для виконання (в неюридичному плані)' й мають вплив на регулювання міжнародних відносин, але держави при

²⁵ S Besson, J Tasioulas (ed), *The philosophy of international law* (Oxford University Press 2010) 170–1, 177.

²⁶ В Толстых, *Курс международного права: Учебник* (Волтерс Клувер 2010) 413.

²⁷ S Talmon, 'The Legalizing and Legitimizing Function of UN General Assembly Resolutions' (2014) 108 AJIL Unbound 123–28.

²⁸ Ibid.

²⁹ Shaw (n 8) 87.

їх створенні не мають наміру брати на себе чіткі юридичні зобов'язання з реалізації їх положень³⁰.

Як зазначає М. Рамсден, рекомендаційна функція резолюцій ГА ООН передбачає визначення та консолідацію вимог, передбачених у міжнародному праві, щодо обов'язків держав усунути порушення міжнародного права тощо. Уповноважуюча функція полягає у визначенні заходів щодо держав, які порушують міжнародне право: ГА ООН надає законні повноваження державам здійснити примусові заходи, що без уповноваження могли б порушувати їх міжнародні зобов'язання³¹. На думку вченого, колективна легалізація до певної міри є 'симптомом інституційного неуспіху ООН, коли всі (тобто 193 члени ООН) намагаються зробити через колективну правову інтерпретацію те, що купка (тобто 15 членів Ради Безпеки) не змогла зробити через обов'язкові рішення згідно з розділом VII³². Тип правового впливу резолюцій ГА ООН є насамперед діалогічним, полягає у підтримці застосування норм міжнародного права його суб'єктами, зокрема через знаходження чи поступове формування консенсусу держав щодо змісту міжнародного права³³.

Р. Барбер розглянула політичну нормативність резолюцій ГА ООН на прикладі питання про міжнародні санкції. Попри те, що згідно зі Статутом ООН санкції щодо держав має право запроваджувати Рада Безпеки, на практиці більшість їх (майже 90 %) запроваджується державами або їх групами без її уповноваження. На думку вченої, у цьому питанні саме ГА ООН нині могла б відіграти ключову роль, засновуючись на спеціальних дослідженнях та консультативних висновках МС. Тим паче, що ГА ООН має багату практику рекомендованих санкцій, особливо у 60–90-х роках минулого століття³⁴.

Багатосторонніми санкціями прийнято вважати ті, що запроваджуються РБ ООН на підставі розділу VII Статуту ООН. Проте на практиці між односторонніми (запровадженими окремою державою проти іншої держави) та багатосторонніми санкціями є третя категорія – групові, що запроваджуються державами спільно за рекомендацією міжнародної універсальної чи регіональної організації – наприклад, згідно з резолюцією ГА ООН або рішенням Європейського Союзу. Окремі вчені у зв'язку з цим вважають, що резолюції ГА ООН щодо санкцій мають уповноважуючий ефект³⁵.

Індивідуальні санкції порушують не лише двосторонні, а й багатосторонні угоди й конвенції, принципи міжнародного права. Крім того, вони

³⁰ Р. Валеев, Г. Курдюков (ред), *Международное право: Учебник* (Статут 2017) 51–2, 67, 69.

³¹ Ramsden (n 6).

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ R. Barber, 'An exploration of the General Assembly's troubled relationship with unilateral sanctions' (2021) 70 *International and Comparative Law Quarterly* 344–5.

³⁵ Ibid 347–8.

суперечать численним резолюціям (зокрема, деклараціям) ГА ООН щодо неприпустимості втручання у внутрішні справи держав, зокрема в економічній сфері. Але, як було зазначено у доповіді Генерального секретаря ООН у 1997 р. на підставі висновків спеціальної експертної групи, а також у спеціальній доповіді Управління Верховного комісара ООН з прав людини у 2012 р., примусові економічні заходи можуть бути допустимі, доцільні, правомірні, якщо запроваджуються у відповідь на порушення загальноприйнятих норм, стандартів і зобов'язань та спрямовані на усунення цих порушень. Насправді, зазначає Р. Барбер, тут немає жодної суперечності, адже передбачається і у багатьох випадках безпосередньо зазначається, що визнання відповідних порушень держав і уповноваження на запровадження примусових економічних заходів чи контрзаходів (а по суті – санкцій) має здійснюватися відповідними органами ООН³⁶.

Таким чином, ГА ООН може рекомендувати запровадження багатосторонніх заходів РБ та/або індивідуальних санкцій державам – членам ООН, проголосити відповідність запроваджених за конкретних обставин санкцій міжнародному праву або висновок щодо допустимості конкретних санкцій як контрзаходів. Такі рекомендації можуть сприяти правильному спрямуванню та координації таких санкцій³⁷. На думку Р. Барбер, висновок, що міститься у резолюції ГА ООН щодо факту масштабних порушень, прав людини та ризику продовження цих порушень, дає підстави для кваліфікації спрямованих санкцій як контрзаходів і ‘створює презумпцію законності, яку складно заперечити особам чи утворенням, проти яких вони спрямовані’³⁸.

3. Чимало вчених визнають *резолюції ГА ООН проектами майбутнього права (de lege ferenda), м'яким правом, допоміжним джерелом міжнародного права*. Зокрема, П. Маланчук це стверджує загалом щодо норм резолюцій органів міжнародних організацій, ‘у розумінні правил поведінки, які не є ані суворо зобов'язальними нормами права, ані нерелевантними політичними максимами, і діють у сірій зоні між правом і політикою’. Їхню появу вчений пов'язує з тим, що держави при досягненні домовленості поки не готові зв'язувати себе юридично, але, утім, ‘бажають прийняти і протестувати певні норми і принципи перед тим, як вони стануть правом’. І саме це часто уможлиблює консенсус, що був би неможливим щодо “твердого права”. Іноді держави навіть готові створити міжнародні організації для здійснення міжнародних завдань без прийняття жодних юридичних зобов'язань, як це було з Народою з Безпеки і Співробітниками

³⁶ Цит. за: Barber (n 34) 352, 356–7, 364.

³⁷ Ibid 371–3.

³⁸ Ibid 377.

цтва в Європі в 1975 р. на основі Гельсінкського Заключного акту. Такі документи можуть у реальній практиці 'набути значної потужності у структуруванні міжнародної поведінки'. Різниця між правом і неправом у кожний конкретний момент має чітко усвідомлюватися, але рекомендаційні акти все ж є додатковими аргументами для судів як свідчення на пряму розвитку права³⁹.

Як зазначав К. Скубішевський щодо *de lege ferenda*, 'резолуції Генеральної Асамблеї не обмежуються втіленням принципів позитивного права. Вони також проголошують принципи майбутнього права'. Ствердження права ГА є за своєю природою не рекомендаційним, а деклараторним⁴⁰. Праводекларуюча резолюція стверджує існування права (є засобом встановлення чи інтерпретації міжнародного права, свідченням міжнародного звичаю або викладенням загальних принципів права). Праворозвиваючі резолюції можуть бути чотирьох видів: а) ті, що сприяють творенню міжнародного звичаю; б) ті, що сприяють появі загальних принципів права; с) ті, що визначають обсяг переговорів щодо багатостороннього договору чи загального інтересу (зокрема, пропонують норми для включення до майбутнього договору); d) ті, що встановлюють політику, яка визначає зміст майбутнього звичаєвого чи договірної права⁴¹.

Група авторитетних українських учених у посібнику 1997 р. визначила рішення міжнародних органів та організацій як одне з допоміжних джерел міжнародного права⁴². Автори іншого сучасного підручника відносять резолюції ГА ООН до актів м'якого права, що 'мають рекомендаційний характер або слугують програмними настановами', а їх норми можуть відігравати 'допоміжну роль у процесі договірної чи звичаєво-правового регулювання'⁴³. Також учені зазначають, що такі норми м'якого права нерідко 'сприяють дозріванню фактичних суспільних відносин до рівня, необхідного для запровадження в дію міжнародно-правових норм' або навпаки, запобігають появі в міжнародному праві певних договірних чи звичаєвих норм. І водночас вони відносять резолюції органів міжнародних організацій до допоміжних джерел міжнародного права⁴⁴.

3.1. Учені звертають увагу на роль резолюцій ГА ООН у формуванні норм міжнародного звичаєвого права – як відображення *opinio iuris* та практики держав.

³⁹ Malanczuk (n 7) 54–5.

⁴⁰ Skubiszewski (n 3) 54, 234.

⁴¹ The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective. Thirteenth Commission. Session of Cairo – 1987. Rapporteur K. Skubiszewski (n 20).

⁴² О Задорожній, В Буткевич, В Мицик, *Основи теорії міжнародного права: Конспект лекцій* (Інститут міжнародних відносин Київського національного університету ім Т Шевченка 2001) 16.

⁴³ *Международное право: учебник* (Игнатенко Г, Тиунов О ред, 6-е изд, Норма: ИНФРА М 2013) 137.

⁴⁴ Валеєв, Курдюков (n 30) 51–2, 67, 69.

Зокрема, таку думку в 1979 р. висловив Г. Аранжіо-Руїз. Але він наголосив, що вирішальним чинником при цьому є не заяви держав, а їх поведінка, що відображає переконаність у належності чи необхідності відповідних норм⁴⁵. Ще раніше на цьому застереженні наголошував Р. Фальк: 'Правотворчий зміст міжнародного звичаєвого права є найбільш драматичною сферою, в якій міф згоди часто витісняється реальністю приписаного консенсусу'⁴⁶. Цю позицію підтримував П. Маланчук: якщо резолюція декларує певні норми і має значну підтримку, то це може бути свідченням існування норм звичаєвого права, але не вирішальним⁴⁷.

К. Скубішевський зазначав, що резолюції, які проголошують певні норми як норми права, можуть розглядатися як свідчення їх сприйняття державами-членами як звичаєво-правових, свідчення практики держав та/або досягнення *opinio juris* щодо них. І навпаки, зміст резолюції може 'позбавити існуючу доти норму її *opinio juris* та, відповідно, припинити її загальне застосування'⁴⁸. Також резолюції можуть бути доказом існування загальних принципів права, особливо у сфері прав людини⁴⁹.

На думку авторів французького підручника, прецеденти, які створюються міжнародними організаціями, є надзвичайно цінними: 'Через те, що вони стають відомими відразу і враховуються великою кількістю держав, вони можуть прискорити процес формування міжнародно-правового звичаю'⁵⁰.

Як вважає М. Уберг, на розвиток міжнародного звичаєвого права справляють вплив, згідно з тлумаченням МС ООН (справи *Namibia*, *Western Sahara*, *Nicaragua*, *Nuclear Weapons*), насамперед положення декларацій ГА ООН. Вони містять норми *lex ferenda*, які МС ООН розглядає як можливе джерело *opinio juris*, що до певної міри означає їх передзмістовні (*pre-substantive*) наслідки для міжнародного права⁵¹.

Автори сучасної авторитетної монографії називають традиційний перелік джерел міжнародного права, наведений у ст. 38 Статуту МС ООН (договірне право, звичаєве право, загальні принципи права, разом із допоміжними джерелами) суттєво застарілим. Але фактом залишається те, що міжнародне право є переважно договірним і консенсуальним. Водночас, на думку авторів, згаданий перелік слід розширити. Зокрема, поряд із формальними джерелами міжнародного права *stricto sensu* можна виокремити пробні (*probationary*) джерела – 'місця, де можна знайти свідчення майбутнього результату правотворчих процесів'. Серед них –

⁴⁵ Arangio-Ruiz (n 4) 41–3.

⁴⁶ Falk (n 10) 790.

⁴⁷ Malanczuk (n 7) 53.

⁴⁸ Skubiszewski (n 3) 69, 95.

⁴⁹ Ibid 237.

⁵⁰ Куок Динь, Дайе, Пелле (n 22) 195–6.

⁵¹ Öberg (n 5) 903-905.

рекомендаційні резолюції органів ООН, що є свідченням і практики держав, і *opinio juris*, які необхідні для творення звичаєвих норм і які можна вважати м'яким правом⁵².

М. Шоу визначає *opinio juris* як переконаність у тому, що певна діяльність держави є юридично обов'язковою, що перетворює політичний чи моральний звичай на правовий і надає йому значення норми міжнародного права. Це виявляється через аналіз повторюваності та послідовності відповідної поведінки держави. На думку вченого, процедура й обставини прийняття резолюцій ГА ООН засвідчують практику держав та *opinio juris*, формують звичай і навіть роблять його обов'язковим для держави, яка цю резолюцію підтримала – що засвідчує справа *Nicaragua*⁵³.

3.2. Крім того, на думку деяких учених, *резолюції ГА ООН виконують роль міжнародного квазізаконодавства як м'якого права*.

Зокрема, К. Скубішевський стверджував: хоча міжнародні організації не мають повноваження видавати законодавство для держав, але в своїх резолюціях вказують норми поведінки держав, те, яким має бути право, і цим впливають на його розвиток. І таку роль відіграють резолюції не лише загального змісту, а й ті, що 'презюмують існування принципу чи норми, засуджуючи конкретні акти чи закликаючи держави слідувати певній лінії поведінки'⁵⁴. Більш категорично цей погляд представлено Р. Фальком, який пропонував визначити повноваження ГА ООН видавати резолюції рекомендаційного характеру як квазізаконотворчі. На його думку, ця кваліфікація перебуває 'посередині між формально складним визнанням законодавчого статусу і формалістським запереченням законотворчих ролі й впливу'⁵⁵. Сучасний учений пропонує більш компромісне бачення: квазізаконодавча функція ГА ООН полягає не в автоматичному зобов'язанні, а у переконливому впливі на тлумачення норм міжнародного права та пропусванні нових норм і принципів⁵⁶.

4. Деякі дослідники розглядають *резолюції ГА як юридично обов'язкові односторонні акти держав або ООН як міжнародної організації*.

4.1. *Односторонні акти держав*. Зокрема, такий погляд було обґрунтовано К. Скубішевським. Резолюція може сприйматись як зобов'язальна окремими державами-членами, але таке визнання є зовнішнім щодо резолюції фактом, не впливає із неї і не змінює її рекомендаційного значення. При цьому 'сприйняття резолюції як обов'язкової не обов'язково має бути вираженим; воно може виявлятися у поведінці, що від-

⁵² Besson, Tasioulas (n 25) 164–70.

⁵³ Shaw (n 8) 62–3, 86, 928, 930.

⁵⁴ Skubiszewski (n 3) 29–30, 32.

⁵⁵ Falk (n 10) 782.

⁵⁶ Ramsden (n 6).

повідает резолюції». Держава може зробити резолюцію обов'язковою для себе через публічне її визнання такою. Водночас підтримка резолюції якоюсь державою не може сприйматися однозначно, не завжди передбачає правостверджуючий чи правотворчий намір, може зумовлюватися вигідністю чи угодовством, бути результатом політичного компромісу. Крім того, вона не обов'язково позначає згоду держави брати на себе зобов'язання згідно із задекларованими нормами⁵⁷. Також французькі вчені вважають, що акти рекомендаційного характеру, які підтримала держава, стають для неї обов'язковими – факт голосування є виразом її одностороннього волевиявлення. Такий підхід, зазначають вони, було підтверджено ще Постійною палатою міжнародного правосуддя⁵⁸.

4.2. *Односторонні акти ООН*. Згаданий колектив французьких учених зазначав, що 'міжнародне право не є у суворому розумінні консенсуальним правом', й розглядав резолюції ГА ООН як односторонні акти міжнародної організації та джерела права, 'юридичні наслідки яких доведені'. Такі односторонні акти є правовими актами. Серед актів органів міжнародних організацій частина є рішеннями у технічному розумінні – 'владними односторонніми актами, <...> що є виразом волі організації, а отже, виходять від неї й породжують обов'язки для об'єкта цих актів'. Це, наприклад, рішення РБ ООН у межах повноважень згідно із ст. 25 Статуту ООН. Інші рішення органів ООН є такими у звичайному розумінні й мають рекомендаційний характер. При цьому практика міжнародних судів демонструє, що назва актів органів міжнародних організацій не має вирішального значення⁵⁹.

5. Формально поза питанням про визначення характеру резолюцій ГА ООН, але в нерозривному зв'язку з ним перебуває *проблема характеру кваліфікацій, що містяться у цих резолюціях* – як емпіричних (визначення наявності факту, що може мати каузальний ефект) чи юридичних (ідентифікація або тлумачення права).

Зокрема, Г. Аранжіо-Руїз стверджував, що резолюції міжнародних організацій, і зокрема їх політичних органів, є орієнтиром для правових кваліфікацій і як такі мають велике значення, незалежно від визначення їх ролі у правотворенні⁶⁰. Як зазначав учений, рішення та рекомендації ГА ООН потенційно можуть бути предметом заперечення як акти, видані з перевищенням повноважень (*ultra vires*) саме через те, що вони містять тлумачення Статуту ООН. Але вони виконують роль юридичної кваліфікації, тлумачення Статуту ООН (особливо 'зважаючи на високий

⁵⁷ Skubiszewski (n 3) 167–70, 233, 239–40; Skubiszewski (n 17) 325.

⁵⁸ Куок Динь, Дайе, Пелле (n 22) 232.

⁵⁹ Там само 64, 222–5.

⁶⁰ Arangio-Ruiz (n 4) 37.

ступінь узагальнення чи неточність багатьох <...> його норм та принципів) та орієнтирів правотворення. При цьому ‘ця діяльність важлива, незважаючи на те, вірити чи ні у наявність у ГА ООН функції тлумачення права’, і навіть якщо відповідні юридичні кваліфікації є такими виключно у матеріальному сенсі, мають лише фактичний авторитет⁶¹.

На думку К. Скубішевського, значення резолюцій полягає, зокрема, у їх авторитетності – зазвичай держава не стане порушувати приписи декларації, схваленої ГА ООН більшістю держав-членів. При цьому слід відрізнити природу норм, що входять до резолюції ГА ООН, від природи самої резолюції: вона є необов’язковою, а її предмет може бути вже врегульований правом і становити зобов’язання для держав. Тому резолюції можуть містити норми міжнародного права⁶². Також ці резолюції пропонують принципи тлумачення права. Серед них визначення передбачених у конвенційному праві термінів. Наприклад, це резолюція 3314 (XXIX), що містить визначення агресії – “основних принципів як керівництва” для визначення, чи мав місце акт агресії. Це ж стосується визначення геноциду в резолюції 96 (I), пропаганди проти миру в резолюції 381 (V), проголошення збройної інтервенції видом агресії у резолюції 2131 (XX) та ін.⁶³. При цьому, як наголошував К. Скубішевський, тлумачення

набуває тут настільки широкого значення, що наближається до сфери правотворчості. У будь-якому випадку не існує конституційної перепони для Асамблеї формувати нормативні висновки. Правда в тому, що це простір між тлумаченням і запровадженням права <...>⁶⁴.

Як зазначав учений, ‘резолюція є засобом, за допомогою якого можна ідентифікувати право у сфері, де воно виглядає непевним чи суперечливим, а інші інструменти, зокрема судові рішення та договори, не виконали такої ролі’⁶⁵. Також П. Маланчук писав, що хоча резолюції ГА ООН не мають зобов’язального характеру, проте вони мають важливі правові наслідки – як свідчення звичаєвого права чи правильного тлумачення Статуту ООН⁶⁶. М. Шоу визнає таке тлумачення принципів Статуту ООН авторитетним⁶⁷.

М. Уберг із юридичною та фактологічною кваліфікацією у резолюціях ГА ООН пов’язував їх каузальний ефект. Він передбачає “пробудження сплячих змістовних наслідків” через визначення факту наявності чи відсутності певних подій чи стану. А цей факт може бути чи не бути юри-

⁶¹ Arangio-Ruiz (n 4) 60–2.

⁶² Skubiszewski (n 3) 46, 181.

⁶³ Ibid 55–6, 70.

⁶⁴ Ibid 164.

⁶⁵ Ibid 235.

⁶⁶ Malanczuk (n 7) 379.

⁶⁷ Shaw (n 8) 87.

дично релевантним. Наприклад, визнання факту наявності вторгнення однієї держави на територію іншої має юридичне значення. Правовими наслідками визнання фактів є блокування чи запуск застосування певних норм – а отже, воно має змістовні наслідки юридичного характеру. Водночас у практиці МС визначення, що містяться в актах рекомендаційного характеру, також вважаються рекомендаційними. У такому випадку, за висновком М. Уберга, каузальні наслідки є необов'язковими, залишаються на розсуд органу, який застосовує норму. Якщо ж визначення містяться в обов'язкових актах ГА ООН (наприклад, щодо опіки чи бюджету ООН) або РБ ООН (щодо міжнародного миру й безпеки), то вони також мають обов'язковий характер. При цьому МС не вважає себе зв'язаним визначеннями цих органів, хоча й бере їх до уваги (справи *Nicaragua* 1986 р., *East Timor* 1991 р.)⁶⁸. Модальний ефект резолюцій ГА ООН полягає у встановленні, як і коли мають настати змістовні наслідки (зазвичай відразу, без зворотної дії в часі, з можливістю наступних змін)⁶⁹.

Як зазначає М. Рамсен, завдяки тому, що ГА ООН складається з представників практично всіх держав світу, її резолюції є унікальним інструментом для формування загального розуміння міжнародного договірного і звичаєвого права. Крім того, квазісудова функція цих резолюцій полягає у колективному формулюванні представниками держав юридичних кваліфікацій щодо конкретних ситуацій, заснованих на нормах міжнародного права, 'позначає мандат політичного органу контролювати дотримання комплексу норм або визначати факти на основі доказів', а також надавати їм юридичну оцінку⁷⁰.

6. Також у доктрині представлено акценти щодо *залежності нормативного впливу резолюцій ГА ООН від їх видів та обставин прийняття*.

Зокрема, як зазначала згадана вище комісія під керівництвом К. Скубішевського, всі резолюції формально мають однаковий статус, але обрання форми декларації підкреслює значущість вкладених у неї норм, адже декларації можуть містити всебічний розгляд предмета чи висловлювати принципи, чия мета – вплинути на прогресивний розвиток міжнародного права⁷¹. Натомість М. Уберг вважає вплив декларацій більш обмеженим, ніж інших резолюцій, адже вони мають лише перед-змістовний характер і позбавлені каузальних наслідків⁷².

⁶⁸ Öberg (n 5) 890–1, 905.

⁶⁹ Ibid 893–4, 904.

⁷⁰ Ramsden (n 6).

⁷¹ The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective. Thirteenth Commission. Session of Cairo – 1987. Rapporteur K. Skubiszewski (n 20).

⁷² Öberg (n 5) 903–5.

Як вважає Г. Аранжіо-Руїза, *показники підтримки* резолюції важливі для її повчальної чи моральної цінності, а також впливають на шанси дотримання її положень державами й опосередковано – на перспективи їх матеріалізації як звичаєвої норми⁷³.

На думку комісії під керівництвом К. Скубішевського, одностороннє ухвалення праводекларуючої резолюції без негативних голосів та утримань від голосування ‘творить презумпцію того, що резолюція містить правильне викладення права’ (хоча ця презумпція може заперечуватися). Також одностороннє ухвалення резолюції може ствердити існування звичаєвої норми, що походить від практики держав та органів міжнародних організацій, але раніше виглядала сумнівною. Якщо голосування за резолюцію не було одностороннім, її нормативність безпосередньо залежить від того, чи проголосувала за неї ‘репрезентативна більшість, що включає основні правові системи’ (що також представляють основні регіони світу ‘без геополітичних розривів’), також від кількості голосів ‘проти’ і утримань, наявності застережень та декларацій держав-членів, що звужують чи заперечують її нормативне значення, наявності чи відсутності передбачених у резолюції процедур щодо імплементації чи наглядових механізмів⁷⁴.

Доволі різними є погляди на значення повторюваності резолюцій. Г. Аранжіо-Руїз стверджував, що повторення резолюцій та кількість відданих за них голосів не посилюють їхній вплив на формування міжнародного звичаєвого права⁷⁵. Натомість К. Скубішевський вважав, що

неоспорене повторення чи цитування норми, раніше вже викладеної у попередній резолюції, якщо це не просто засіб підтвердження права, є доказом існування стандарту поведінки, що може стати правом чи бути релевантним для тлумачення права. Таке повторення може бути засобом тиску на опонуючі держави щоби змусити їх змінити свої погляди. Результати голосування демонструють, чи тиск є дієвим і відповідно чи збільшується підтримка повторюваної норми⁷⁶.

Усі доктринальні позиції щодо характеру актів ГА ООН узагальнити у рамках цього дослідження неможливо. Але нами було проаналізовано найважливіші монографічні праці, низку статей в авторитетних виданнях, а також погляди відомих учених, відображені в навчально-методичній літературі. Це, а також доволі широка географія представлених ду-

⁷³ Arangio-Ruiz (n 4) 43.

⁷⁴ Skubiszewski (n 3) 167–70, 233, 240; The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective. Thirteenth Commission. Session of Cairo – 1987. Rapporteur K. Skubiszewski (n 20).

⁷⁵ Arangio-Ruiz (n 4) 41–3.

⁷⁶ Skubiszewski (n 3) 233.

мок, дає змогу зробити деякі висновки, які, зрозуміло, не претендують на остаточний характер.

Зокрема, на основі узагальнення доктринальних праць ми пропонуємо класифікацію поглядів учених щодо характеру резолюцій ГА ООН як: а) суто рекомендаційних актів, що мають морально-політичне значення; б) актів політичного характеру, що завдяки відображенню позицій значної частини держав та ухваленню авторитетним органом ООН сприймаються як стандарт поведінки і впливають на індивідуальну та групову політику держав; в) актів м'якого права, які розглядаються як звичаєве чи конвенційне право у процесі його формування або формалізації, що викликає готовність певної кількості держав їх добровільно виконувати; г) односторонніх актів держав (ухвалених разом з іншими державами) або односторонніх актів міжнародної організації. Крім того, дискусія вчених щодо характеру кваліфікацій, що містяться у резолюціях, дає змогу припустити розуміння останніх як ще однієї категорії – г) інтерпретаційно-правових актів.

Розуміння резолюцій ГА, не пов'язаних із вирішенням питань організаційного розвитку ООН, як суто рекомендаційних, що не мають безпосередніх правових наслідків, випливає з положень Статуту ООН, а тому нібито не потребує додаткової аргументації. Але це не зовсім так, про що свідчать як практика ГА ООН, так і доктрина міжнародного права. У будь-якому разі, це не суперечить загальному визнанню того, що резолюції ГА ООН набувають значного ступеня політичної нормативності, впорядковують окремі сфери міжнародних відносин, впливаючи завдяки своєму авторитету на поведінку держав і формуючи критерії правомірної та неправомірної поведінки. Не зобов'язуючи юридично, ці резолюції створюють презумпцію легітимності чи нелегітимності певних індивідуальних і колективних дій держав.

Розуміння резолюцій ГА ООН як форми викладу норм м'якого права (або норм *de lege ferenda*) теж не викликає жодних заперечень у доктрині міжнародного права. Це виявляється у їхній ролі у творенні міжнародного звичаєвого та конвенційного права. Але думки вчених розходяться щодо того, якою мірою і чи безпосередньо резолюції ГА ООН відображають *opinio iuris* (визнання певних норм як правових) і є свідченням практики держав, тобто два основні елементи, необхідні для формування міжнародного правового звичаю. Більш чи менш виразно дослідники сходяться у тому, що норми цих резолюцій самі собою ще не є звичаєво-правовими, але можуть стати такими, якщо мають відповідний для цього юридичний зміст, переконливу підтримку і втілюються у практиці держав. Роль резолюцій ГА ООН у процесі, так би мовити, "дозрівання" міжнародного конвенційного права не піддається сумніву, але вчені так чи інакше визнають, що узагальнити характер і ступінь впливу резолю-

цій саме в цьому контексті доволі складно. Загалом питання про те, чи можна вважати норми резолюцій ГА ООН як *de lege ferenda* допоміжним джерелом міжнародного права, залишається неоднозначним.

Ще менш однозначною є думка про те, що підтримка державою резолюції під час голосування у ГА ООН робить цей акт обов'язковим для неї та її одностороннім актом. Водночас учені вказують на можливі додаткові вияви зовнішнього визнання державою резолюції як обов'язкової. Не змінюючи рекомендаційного характеру резолюції як такої, держава, звичайно, може зробити цей акт фактично частиною свого законодавства. Висловлена дослідниками пропозиція вважати резолюції ГА ООН односторонніми актами міжнародної організації не впливає на визначення їх характеру.

Всі автори проаналізованих нами праць визнають, що емпіричні (фактологічні) та юридичні кваліфікації, які містяться у резолюціях ГА ООН, засновані на інтерпретації положень міжнародного конвенційного і звичаєвого права. Не викликає сумнівів, що такі кваліфікації мають нормативне значення та справляють суттєвий вплив як на діяльність держав, так і на розвиток міжнародного права. Водночас учені, зважаючи на неврегульованість питання у Статуті ООН, не готові надати цій нормативності юридичного характеру, визнати резолюції ГА ООН інтерпретаційно-правовими актами. Визнання нормативності резолюцій ГА ООН відображається також у поглядах учених на значення їх окремих видів (декларації та резолюції щодо конкретних ситуацій) і обставин ухвалення (показники підтримки, наявність застережень держав, повторення резолюцій).

Висновки. Підсумовуючи наше дослідження, можемо вказати на існування консенсусу вчених щодо політично нормативного значення резолюцій ГА ООН, визнання їх актами м'якого права, виконання ними уповноважуючої функції, заснованої на презумпції (виправданій чи ні) правомірності чи неправомірності поведінки держав. Можливості кваліфікації цих резолюцій як власне правових актів із зобов'язальним ефектом не передбачені Статутом ООН. Водночас, як припускаємо, узагальнюючі дослідження впливу резолюцій ГА ООН на розвиток міжнародного права, еволюції практики їх уповноважуючого ефекту, практики застережень держав щодо них і одностороннього приєднання до них тощо можуть привести до формулювання концепції звичаєвого інституційного права міжнародної організації – за аналогією, наприклад, із звичаєвим конституційним правом деяких сучасних держав.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Arangio-Ruiz G, *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the system of the sources of international law* (Sijthoff & Noordhoff 1979) (in English).
2. Malanczuk P, *Akehurst's modern introduction to international law* (7th revised ed, Routledge 1997) (in English).
3. Shaw M N, *International Law* (8th ed, Cambridge University Press 2017) (in English).
4. Tolstyh V, *Kurs mezhdunarodnogo prava: Uchebnik* (Volters Kluver 2010) (in Russian).
5. Zadorozhnyi O, Butkevych V, Mytsyk V, *Osnovy teorii mizhnarodnogo prava: Konspekt lektsii* (Instytut mizhnarodnykh vidnosyn Kyivskoho natsionalnogo universytetu im. T Shevchenka 2001) (in Ukrainian).

Edited and translated books

6. Besson S, Tasioulas J (ed), *The philosophy of international law* (Oxford University Press 2010) (in English).
7. Kuok Din' N, Daje P, Pelle A, *Mezhdunarodnoe publichnoe pravo, t 1* (per s fr, Sfera 2000) (in Russian).
8. *Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik* (Ignatenko G, Tiunov O red, 6-e izd, Norma: INFRA M 2013) (in Russian).
9. Valeev R, Kurdjukov G (red), *Mezhdunarodnoe pravo: Uchebnik* (Statut 2017) (in Russian).

Encyclopedias

10. Denysov V, 'Orhanizatsiia Ob'iednanykh Natsii' v *Entsyklopediia mizhnarodnogo prava, t 3: M-Ia* (Shemshuchenko Iu, V Denysov red, Akademperiodyka 2019) 455 (in Ukrainian).
11. Denysov V, 'Rezoliutsii Heneralnoi Asamblei OON' v *Entsyklopediia mizhnarodnogo prava. t 3: M-Ia* (Shemshuchenko Iu, Denysov V red, Akademperiodyka 2019) 684–5 (in Ukrainian).

Journal articles

12. Barber R, 'An exploration of the General Assembly's troubled relationship with unilateral sanctions' (2021) 70 *International and Comparative Law Quarterly* 344–5 (in English).
13. Falk R A, 'On the quasi-legislative competence of the General Assembly' (1966) 60 *The American Journal of International Law* 784 (in English).
14. Öberg M D, 'The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ' [2006] 16 (5) *The European Journal of International Law* 883, 905 (in English).
15. Ramsden M, 'Collective Legalization as a Strategic Function of the UN General Assembly in Responding to Human Rights Violations' (2022) *The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper Forthcoming* <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4048484> (accessed: 06.12.2022) (in English).
16. Skubiszewski Kr, 'The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective. Resolutions of the General Assembly of the United States' [1985] 61 (I) *Annuaire. Institut de Droit International. Session d'Helsinki* 32–3 (in English).

17. Skubiszewski Kr, 'The elaboration of general multilateral conventions and of non-contractual instruments having a normative function or objective. Resolutions of the General Assembly of the United Nations. Definitive Report and Draft Resolution' [1985] 61 (I) *Annuaire. Institut de Droit International. Session d'Helsinki* 312 (in English).
18. Talmon S, 'The Legalizing and Legitimizing Function of UN General Assembly Resolutions' (2014) 108 *AJIL Unbound* 123–28 (in English).
19. Kresin O, 'Kharakter povnovazhen ta aktiv Heneralnoi Asamblei OON: statutni polozhennia ta evoliutsiia yikh tlumachennia' (2022) 7 *Pravo Ukrainy* 112–26 (in Ukrainian).
20. Shvarceva M, 'Reformirovanie Parlamentskoj Assamblei Soveta Evropy' (2015) 8/3 *Legea si Viata* 117 (in Russian).

Websites

21. The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-contractual Instruments Having a Normative Function or Objective. Thirteenth Commission. Session of Cairo – 1987. Rapporteur K. Skubiszewski (Institute of International Law. Compilation Resolutions 1873–2017) <<https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/06/Annexe-1bis-Compilation-Resolutions-EN.pdf>> (accessed: 06.11.2022) (in English).

Oleksiy Kresin

THE ISSUE OF THE UN GENERAL ASSEMBLY RESOLUTIONS NATURE
IN THE DOCTRINE OF INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT. The article systematizes and classifies the views of scholars regarding the problem of legal or political normativity of the UN General Assembly acts, not related to the resolution of UN organizational development issues. The starting position for the formation of the positions of some scholars is the traditional postulate regarding the inadmissibility of granting any supranational powers to international organizations, which involves understanding the resolutions of the UN GA as recommendatory with moral and political significance. In this regard, the most common and most developed understanding of the resolutions of the UN GA as of political acts that reflect or create acceptable for all or most states standards of proper and legitimate policy regarding a specific situation or in a specific field of activity. Also, resolutions of the UN GA are recognized as projects of future law (*de lege ferenda*), soft law, an auxiliary source of international law (the role in the customary international law norms formation). Regarding all this, there is a consensus, and UN GA resolutions are attributed an authorizing function, based on the presumption of legality or illegality of states behavior. Instead, the qualification by some researchers of the resolutions of the UN GA as legally binding unilateral acts of states or of the UN as an international organization, as well as interpretive legal acts, remains controversial.

KEYWORDS: sources of international law; doctrine of international law; soft international law; international customary law; unilateral state act; interpretive legal act.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



Тетяна Подорожна

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри теорії держави та права
Львівського торговельно-економічного університету
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0502-950X>
ResearcherID D-5112-2016
Scopus Author ID: [https://www.scopus.com/authid/detail.
uri?authorId=57212404813](https://www.scopus.com/authid/detail.uri?authorId=57212404813)
podorogna@i.ua

Андрій Худик

кандидат юридичних наук,
помічник судді
Вищого антикорупційного суду
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3174-8428>
kh.lawyer85@gmail.com



УДК 343.119

СУДОВЕ ПРОВАДЖЕННЯ В РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯМ ВЛАСНИХ ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ ТА СЕРВІСУ “EASYCON”: СУДОВА ПРАКТИКА В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджено особливості провадження у режимі відеоконференції із застосуванням власних технічних засобів і сервісу “EASYCON”. Акцентовано, що одним із завдань кримінального провадження визнається забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду. Зазначено, що проведення відеоконференцз’язку під час судового засідання за участю сторін поза межами приміщення суду за допомогою власних технічних засобів учасників вказаною нормою не передбачено. Суддями Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду постановлено кілька ухвал про залишення без задоволення клопотань учасників провадження про участь у розгляді справи судом у режимі відеоконференції за межами приміщення суду за допомогою системи “EASYCON”. У зв’язку із введенням воєнного стану в Україні у судовій практиці склалося два підходи щодо розгляду клопотань про здійснення судового засідання за участю сторони кримінального провадження у режимі відеоконфе-

ренції з використанням власного облікового запису в системі “EASYCON”: 1) здійснення судового провадження у режимі відеоконференції з використанням власних технічних засобів учасника судового провадження, не передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України (КПК України), що позбавляє суд можливості виконати вимоги статей 342–345 КПК України, дотриматись процедури судового розгляду. Як наслідок, суди такі клопотання залишають без задоволення; 2) здійснення судового провадження у режимі відеоконференції з використанням власних технічних засобів учасника судового провадження цілком узгоджується із загальними засадами кримінального провадження, а сама відеоконференція є процесуальною формою використання інформаційних технологій у судовому провадженні. Як наслідок, такі клопотання підлягають задоволенню.

Метою статті є аналіз теоретичних положень і практичних проблем проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції у кримінальному процесі, виокремлення деяких проблем застосування дистанційного судового провадження. Для досягнення вказаної мети у статті визначено такі завдання: проаналізувати сучасні підходи та судову практику щодо розгляду клопотань про здійснення судового засідання за участю сторін кримінального провадження у режимі відеоконференції із застосуванням власних технічних засобів та сервісу “EASYCON”; дослідити можливість здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів із різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції.

Результати дослідження: узагальнено практику дистанційного судового провадження; наголошено, що система відеоконференцзв'язку – комплекс технічних засобів та програмного забезпечення (за посиланням на офіційному вебпорталі судової влади України *vkz.court.gov.ua*) або інші доступні суду та учасникам судового процесу засоби, що забезпечують проведення судових засідань у режимі відеоконференцзв'язку та відповідають вимогам законодавства. При цьому за вказаним посиланням можливе проведення судового засідання у режимі відеоконференції за допомогою програмного забезпечення “EASYCON”; зроблено висновок про наявність проблем у питанні допустимості здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів із різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції. Практика розгляду клопотань про здійснення судового засідання за участю сторони кримінального провадження у режимі відеоконференції з використанням власного облікового запису в системі “EASYCON” та здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів із різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції повинна бути уніфікована Верховним Судом або законодавцем через внесення відповідних змін і доповнень до КПК України.

Ключові слова: право на судовий захист; судочинство; кримінальне провадження; учасники кримінального провадження; процесуальні дії; відеоконференція; судова практика.

Ефективність реалізації права на судовий захист, гарантованого ст. 55 Конституції України¹, прямо залежить від якості регулювання процеду-

¹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254-к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення 17.10.2022).

ри судочинства. Ця процедура, крім неупередженості та справедливості, має також відповідати критерію оперативності². Згідно зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод поняття “справедливий суд” охоплює, крім іншого, “розгляд справи протягом розумного строку”³. На дотримання зазначених засад конвенційного та національного законодавства спрямоване впровадження у кримінальне процесуальне законодавство України інституту проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції (інституту дистанційного судового провадження).

Вивчення та дослідження такого явища, як відеоконференція, сьогодні є одним із провідних напрямів науки кримінального процесуального права, оскільки саме наука найбільш оперативно реагує і на потреби практики, і на зміну умов, які формуються у зв'язку зі здійсненням кримінального провадження. Зацікавленість науковців цією проблемою продиктована і нормативними положеннями, зокрема тими, що містяться у ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)⁴. Так, одним із завдань кримінального провадження визнається забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду. А якщо під швидким розслідуванням і розглядом розуміти таку ситуацію, коли час розслідування та розгляду факту вчинення кримінального правопорушення максимально наближений до моменту його вчинення, то стає зрозумілим, що саме відеоконференція здатна забезпечити подолання просторових перешкод швидкому отриманню необхідного процесуального результату⁵.

Суддя Вищого антикорупційного суду К. Сікора вважає, що проблематику дистанційного судового провадження варто розглядати у двох аспектах:

- розгляд суддями проваджень із приміщень інших судів, особливо у випадку колегіального розгляду;
- участь сторін та інших учасників кримінального провадження у режимі відеоконференції зв'язку, зокрема із застосуванням власних технічних засобів⁶.

² М Гарієвська, ‘Відеоконференція в цивільному процесі: проблемні питання’ (2015) 14 Приватне право і підприємництво 59–62.

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 17.10.2022).

⁴ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/4651-17?lang=uk#Text>> (дата звернення: 17.10.2022)

⁵ Ю Скоробагата, ‘Відеоконференція як спосіб вирішення завдань кримінального закону та кримінального процесуального законодавства’ (2020) Новітні кримінально-правові дослідження: альманах наукових праць 189–195.

⁶ К Сікора, ‘ВКЗ у кримінальному процесі і воєнний стан – як це працює, проблемні питання, чим корисна практика?’ (2022) Судово-юридична газета <<https://sud.ua/uk/news/blog/247392-vkz-u-kriminalnomu-protsezi-i-voennyi-stand-yak-tse-pratsuyue-problemni-pitannya-chim-korisna-praktika>> (дата звернення: 17.10.2022).

У кримінальному процесі інститут дистанційного судового провадження хоч і становить значний теоретичний та практичний інтерес, але все-таки належить до категорії недостатньо досліджених наукових питань⁷.

Метою дослідження є аналіз теоретичних положень і практичних проблем проведення процесуальних дій у режимі відеоконференції в кримінальному процесі, виокремлення деяких проблем застосування дистанційного судового провадження.

Для досягнення вказаної мети визначено такі завдання:

– проаналізувати сучасні підходи та судову практику щодо розгляду клопотань про здійснення судового засідання за участю сторін кримінального провадження у режимі відеоконференції із застосуванням власних технічних засобів та сервісу “EASYCON”;

– дослідити можливість здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів із різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції.

Суддя К. Сікора вважає, що в сучасних реаліях подальший розгляд деяких кримінальних проваджень у розумні строки є фізично можливим лише за умов використання відеоконференцзв’язку, зокрема із застосуванням власних технічних засобів. Так, судді стикаються із вимушеними тривалими перервами в судовому провадженні через перебування обвинувачених, свідків, експертів на тимчасово окупованих територіях, неможливість допиту свідків, експертів через невстановлення їх фактичного місцезнаходження, внутрішнє переміщення осіб тощо. При цьому не зупиняються строки притягнення до кримінальної відповідальності, що буде згодом підставою для звільнення від кримінальної відповідальності⁸.

У нинішній судовій практиці, у зв’язку із введенням воєнного стану в Україні, склалося два підходи щодо розгляду клопотань про здійснення судового засідання за участю сторін кримінального провадження у режимі відеоконференції з використанням власного облікового запису в системі “EASYCON”.

Перший підхід оснований на правовому висновку щодо неможливості застосування у дистанційному судовому провадженні ч. 4 ст. 336 КПК України, а саме – вручення учасникові судового провадження, який братиме участь у судовому провадженні дистанційно (у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення з використанням власного облікового запису в системі “EASYCON”), пам’ятки про його

⁷ М. Смирнов, ‘Відеоконференція як процесуальна форма використання інформаційних технологій у кримінальному провадженні України’ (2021) 2 Правовий часопис Донбасу 175–81.

⁸ Сікора (н 6).

процесуальні права, перевірити його документи, що посвідчують особу, та перебувати поруч із ним до закінчення судового засідання.

Так, згідно з частинами 1–2 ст. 345 КПК України судовий розпорядник роздає особам, які беруть участь у судовому розгляді, пам'ятку про їхні права та обов'язки, передбачені цим Кодексом. Після ознайомлення обвинуваченого та інших осіб, які беруть участь у судовому розгляді, із пам'яткою головуючий з'ясовує, чи зрозумілі їм їхні права й обов'язки, і за потреби роз'яснює їх.

Відповідно до ч. 4 ст. 336 КПК України, якщо особа, яка братиме участь у судовому провадженні дистанційно, перебуває у приміщенні, розташованому на території, яка перебуває під юрисдикцією суду, або на території міста, в якому розташований суд, судовий розпорядник або секретар судового засідання цього суду зобов'язаний вручити такій особі пам'ятку про її процесуальні права, перевірити її документи, що посвідчують особу, та перебувати поряд із нею до закінчення судового засідання.

У постанові Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 1 грудня 2021 р. у справі № 760/15429/20 викладено висновок про те, що відповідно

до частин 1 та 2 ст. 336 КПК України судове провадження може здійснюватися у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження), зокрема, у разі неможливості безпосередньої участі учасника кримінального провадження у судовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин. Суд ухвалює рішення про здійснення дистанційного судового провадження за власною ініціативою або за клопотанням сторони чи інших учасників кримінального провадження⁹.

Також варто зазначити, що безпосередньо організація проведення судового засідання у режимі відеоконференції, згідно зі ст. 336 КПК України, покладається одночасно і на суд, що розглядає відповідне провадження, і на суд (або орган досудового слідства, або установу попереднього ув'язнення, або установу виконання покарань) за територіальним місцезнаходженням учасника судового процесу, що обрав такий вид участі в засіданні.

У процесі проведення судового засідання в режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення з використанням власного

⁹ Постанова Третньої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 1 грудня 2021 р. у справі № 760/15429/20 <<http://iPLEX.com.ua/doc.php?regnum=101634630&red=100003053a4d0d73e514840662ad126c191277&d=5>> (дата звернення: 17.10.2022).

облікового запису в системі “EASYCON” реалізація положень ч. 4 ст. 336 КПК України є неможливою.

Отже, проведення відеоконференцзв'язку під час судового засідання за участю сторін поза межами приміщення суду за допомогою власних технічних засобів учасників вказаною нормою не передбачено.

Уже після введення воєнного стану в Україні через військову агресію Російської Федерації суддями Другої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду постановлено кілька ухвал про залишення без задоволення клопотань учасників провадження про участь у розгляді справи судом у режимі відеоконференції за межами приміщення суду за допомогою системи “EASYCON”¹⁰.

Логіка цих ухвал зводиться до такої правової аргументації. Відповідно до ч. 2 ст. 434 КПК України після виконання дій, передбачених статтями 342–345 цього Кодексу, і вирішення клопотань учасників судового провадження суддя-доповідач доповідає у необхідному обсязі зміст судових рішень, що оскаржуються, касаційної скарги та заперечень на неї.

Як передбачено вимогами ч. 2 ст. 342 КПК України, секретар судового засідання доповідає суду, хто з учасників судового провадження, викликаних і повідомлених осіб прибув у судове засідання, встановлює їх особи, повідомляє причини їх неприбуття, якщо вони відомі. Крім того, згідно з ч. 1 ст. 345 КПК України судовий розпорядник роздає особам, які беруть участь у судовому розгляді, пам'ятку про їхні права й обов'язки, передбачені цим Кодексом.

Як вже було зазначено, ч. 4 ст. 336 КПК України передбачено, якщо особа, яка братиме участь у судовому провадженні дистанційно, перебуває у приміщенні, розташованому на території, яка перебуває під юрисдикцією суду, або на території міста, в якому розташований суд, судовий розпорядник або секретар судового засідання цього суду зобов'язаний вручити такій особі пам'ятку про її процесуальні права, перевірити її документи, що посвідчують особу, та перебувати поряд із нею до закінчення судового засідання.

Тож ведення судового провадження у режимі відеоконференції з використанням власних технічних засобів учасника судового провадження позбавить суд можливості виконати вимоги статей 342–345 КПК України та дотриматись процедури судового розгляду¹¹.

¹⁰ Ухвала Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 11 квітня 2022 р. у справі № 572/499/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/103906885>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 12 травня 2022 р. у справі № 442/3912/19 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104283020>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 квітня 2022 р. у справі № 583/1283/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104113381>> (дата звернення: 17.10.2022).

¹¹ Ухвала Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 28 квітня 2022 р. у справі № 583/1283/20 (н 10).

Другий підхід має іншу систему правової аргументації. Активне впровадження у практику судів систем інформатизації та автоматизації судочинства сьогодні є важливою умовою успішного розвитку судової системи. Одним з елементів “електронного правосуддя” є застосування систем відеоконференцз’язку, які надають учасникам процесу можливість дистанційної участі в судовому засіданні.

Система відеоконференцз’язку – комплекс технічних засобів та програмного забезпечення (за посиланням на офіційному вебпорталі судової влади України vkz.court.gov.ua) або інші доступні суду й учасникам судового процесу засоби, що забезпечують проведення судових засідань у режимі відеоконференцз’язку та відповідають вимогам законодавства. При цьому за вказаним посиланням можливе проведення судового засідання у режимі відеоконференції за допомогою програмного забезпечення “EASYCON”.

Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв’язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)”¹² була передбачена можливість проведення судового засідання в режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, яке перебуває поза межами приміщення суду, з використанням власних технічних засобів у цивільному, господарському й адміністративному процесах.

Водночас кримінальне провадження здійснюється у таких же умовах об’єктивної реальності, як й інші види судочинства. Отже, чинники, які зумовлюють впровадження й активізацію застосування власних технічних засобів учасників, мають враховуватися і під час розгляду заяв, скарг та клопотань у кримінальному провадженні, якщо про це заявляє ініціатор таких розглядів, у нього наявні відповідні технічні можливості, а їх застосування не може негативно позначитися на дотриманні належної правової процедури та результаті судового засідання в контексті захисту прав й інтересів учасників кримінального провадження.

В умовах правового режиму воєнного стану суди, органи й установи системи правосуддя діють виключно на підставі і в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією України та законами України. Повноваження судів, органів та установ системи правосуддя, передбачені Конституцією України, в умовах правового режиму воєнного стану не можуть бути обмежені (ст. 12² Закону України “Про правовий режим воєнного стану”)¹³.

¹² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв’язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19): Закон України від 30 березня 2020 р. № 540-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20/print>> (дата звернення: 17.05.2022).

¹³ Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12 травня 2015 р. № 389-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>> (дата звернення: 17.10.2022).

Правосуддя на території, на якій введено військовий стан, здійснюється лише судами. На цій території діють суди, створені відповідно до Конституції України. Скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється (частини 1, 2 ст. 26 Закону України “Про правовий режим воєнного стану”)¹⁴.

Зміст і форма судового провадження повинні відповідати загальним засадам кримінального провадження. У випадках, коли положення КПК України не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені ч. 1 ст. 7 КПК України (ч. 6 ст. 9)¹⁵.

Застосування відеоконференції цілком узгоджується із засадами кримінального провадження, а сама відеоконференція є процесуальною формою використання інформаційних технологій у судовому провадженні та призначається для проведення заходу, учасники якого територіально віддалені один від одного, а тому спілкування між ними відбувається завдяки використанню технічних засобів зв'язку, що забезпечують передачу зображення і звуку в режимі реального часу¹⁶.

За змістом ст. 336 КПК України рішення про проведення судового засідання в режимі відеоконференції може бути ухвалено судом за умови доведення наявності хоча б однієї з обставин, наведених у вказаній статті.

Воєнні дії на території України (ракетні та бомбові удари по військових і цивільних об'єктах, збройні протистояння) створюють зараз, зрозуміло, небезпеку для всіх без винятку громадян. Крім того, діє комендантська година, об'єктивно існують суттєві обмеження щодо вільного пересування внаслідок відсутності, нерегулярності чи небезпечності транспортного сполучення. Усе це засвідчує наявність об'єктивних перешкод і реальної небезпеки для учасників кримінального провадження щодо безпосередньої участі в судовому засіданні, особливо якщо це вимагає пересування на значні відстані¹⁷.

Згідно з Рекомендаціями Ради суддів України від 2 березня 2022 р. щодо роботи судів в умовах воєнного стану, якщо за об'єктивних обста-

¹⁴ Про правовий режим воєнного стану (н 13).

¹⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 4).

¹⁶ Смирнов (н 7).

¹⁷ Ухвала Вищого антикорупційного суду від 1 квітня 2022 р. у справі № 91/1329/22 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/103826181>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Вищого антикорупційного суду від 31 березня 2022 р. у справі № 991/4381/21 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/103816035>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Вищого антикорупційного суду від 4 травня 2022 р. у справі № 991/4073/21 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/104171504>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Вищого антикорупційного суду від 18 квітня 2022 р. у справі № 236/1283/16-к <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/103978374>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Вищого антикорупційного суду від 10 квітня 2022 р. у справі № 317/2973/18 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/104243516>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Вищого антикорупційного суду від 21 березня 2022 р. у справі № 991/1334/22 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/103742231>> (дата звернення: 17.10.2022); Ухвала Вищого антикорупційного суду від 11 квітня 2022 р. у справі № 991/1371/22 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/103905335>> (дата звернення: 17.10.2022).

вин учасник провадження не може брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції за допомогою технічних засобів, визначених КПК України, як виняток допускається участь такого учасника в режимі відеоконференції за допомогою будь-яких інших технічних засобів, зокрема і власних (п. 10)¹⁸.

Аналогічна думка мітиться і в Листі Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 3 березня 2022 р. № 1/0/2-22 “Щодо окремих питань здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану”. Окрім того, тут звернено увагу, що в такому разі (коли через об’єктивні обставини учасник кримінального провадження братиме участь у засіданні в режимі відеоконференції за допомогою інших засобів, не тих, що визначені в КПК України) важливо роз’яснити такому учасникові його процесуальні права й обов’язки (п. 7)¹⁹.

Отже, враховуючи об’єктивні обставини та специфіку конкретного судового провадження (зокрема: 1) введення та дії в Україні правового режиму воєнного стану; 2) місце перебування учасника судового провадження; 3) обов’язковість участі учасника судового провадження в судовому засіданні; 4) наявність клопотання учасника судового провадження про забезпечення його участі в судовому засіданні дистанційно в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів, системи “EASYCON” або будь-якої іншої визначеної судом системи відеоконференції; 5) відсутність заперечень інших учасників судового провадження проти здійснення дистанційного судового провадження), судам слід задовольняти клопотання учасників судового провадження про проведення судових засідань у режимі відеоконференції з використанням ними власних технічних засобів поза приміщенням суду в період дії правового режиму воєнного стану в Україні²⁰.

Водночас є чимало невирішених питань при проведенні судового засідання в режимі відеоконференції із застосуванням власних технічних засобів та сервісу “EASYCON”:

1) згідно зі ст. 336 КПК України особа, яка бере участь у судовому провадженні дистанційно, може знаходитися у:

- приміщенні, розташованому на території, яка перебуває під юрисдикцією суду, або на території міста, в якому розташований суд;
- приміщенні, розташованому поза територією юрисдикції суду та поза територією міста, в якому розташований суд.

¹⁸ Рекомендації Ради суддів України щодо роботи судів в умовах воєнного стану (Рада суддів України, 02.03.2022) <<http://rsu.gov.ua/ua/news/usim-sudam-ukraini-rsu-opublikovala-rekomendacii-sodo-rooti-sudiv-v-umovah-voennogo-stanu>> (дата звернення: 17.10.2022).

¹⁹ Щодо окремих питань здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану: Лист Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 3 березня 2022 р. № 1/0/2-22 (Закон і Бізнес, 2022) <<https://zib.com.ua/ua/150728.html>> (дата звернення: 17.10.2022).

²⁰ Ухвала Вишого антикорупційного суду від 10 травня 2022 р. у справі № 757/11969/18-к <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/104238818>> (дата звернення: 17.05.2022).

– КПК України не передбачає можливості застосування власних технічних засобів та сервісу “EASYCON”;

2) судовий розпорядник або секретар судового засідання суду зобов’язаний вручити особі, яка бере участь у судовому провадженні дистанційно, пам’ятку про її процесуальні права, перевірити її документи, що посвідчують особу, та перебувати поруч із нею до закінчення судового засідання.

Окремим аспектом заявленої проблематики є можливість здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів з різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції.

Пункт 4 розділу III “Особливості трудових відносин із суддями, які вимушено залишили свої місця проживання та перебувають в інших містах або за кордоном” рішення Ради суддів України від 14 березня 2022 р. № 10 передбачає, що дистанційна робота судді можлива виключно за умови його перебування у межах України²¹.

Згідно з п. 10 Рекомендацій Ради суддів України щодо роботи судів в умовах воєнного стану від 2 березня 2022 р. у разі, якщо провадження розглядається колегіально і колегія суддів не може зібратись в одному приміщенні, то допустимий розгляд справ із різних приміщень судів, зокрема з використанням власних технічних засобів²².

У зазначеній ситуації постає проблема щодо наявності в розпорядженні слідчого судді, судді матеріалів судової справи, безпосереднього дослідження доказів у залі суду (ч. 1 ст. 23 КПК України), ухвалення та підписання судового рішення (ст. 371 КПК України).

Ключем для розв’язання цієї проблеми частково є ст. 35 КПК України, яка передбачає функціонування в судах Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи (далі – ЄСІТС), положення про яку затверджує Вища рада правосуддя за поданням Державної судової адміністрації України та після консультацій із Радою суддів України.

Згідно з пунктами 112–114 “Перехідних положень” Положення про порядок функціонування окремих підсистем Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи²³, до початку функціонування підсистеми електронного документообігу у складі ЄСІТС реєстрація документів, які надходять на адресу суду (зокрема процесуальних документів, що можуть бути предметом судового розгляду), здійснюється в автоматизо-

²¹ Рішення Ради суддів України від 14 березня 2022 р. № 10 <<http://rsu.gov.ua/uploads/news/risenna-rsu-vid-140322-no10-0a0996f5a7.pdf>> (дата звернення: 17.10.2022).

²² Рекомендації Ради суддів України щодо роботи судів в умовах воєнного стану (н 18).

²³ Положення про порядок функціонування окремих підсистем Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи: затверджено рішенням Вищої ради правосуддя від 17 серпня 2021 р. № 1845/0/15-21 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v1845910-21#Text>> (дата звернення: 17.10.2022).

ваній системі документообігу суду відповідно до Положення про автоматизовану систему документообігу суду.

До забезпечення початку функціонування всіх підсистем (модулів) ЄСІТС справи розглядаються (формується та зберігаються) у паперовій формі. Документи, що надійшли до суду в електронній формі, роздруковуються (за наявності такої можливості) в суді та приєднуються до матеріалів паперової справи.

Електронні документи та електронні копії паперових документів зберігаються в автоматизованих системах діловодства. До матеріалів судової справи в електронному вигляді автоматизованої системи діловодства судів належать (у разі подання до суду процесуальних та інших документів, що стосуються розгляду судових справ, у паперовій формі): реєстраційні картки; відомості про отримання або надсилання електронних документів; процесуальні та інші документи в електронній формі, виготовлені судом; інші електронні документи, створені в автоматизованій системі документообігу суду в автоматичному режимі (протоколи автоматизованого розподілу справи, протоколи фіксування судових засідань, технічні записи судових засідань тощо).

Згідно з пп. 1.3.1 Положення про автоматизовану систему документообігу суду автоматизована система документообігу в судах загальної юрисдикції забезпечує: виготовлення та збереження оригіналів електронних документів суду; централізоване зберігання оригіналів електронних документів суду та інших процесуальних документів, зокрема й оригіналів електронних судових рішень, виготовлених судом²⁴.

Отже, згідно з Положенням про порядок функціонування окремих підсистем Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи та Положенням про автоматизовану систему документообігу суду, матеріали судового провадження можуть відскануватися та прикріплюватися до автоматизованої системи документообігу суду (для цього в місцевих та апеляційних загальних судах, згідно з пп. 1.4.3 Положення про автоматизовану систему документообігу суду, використовується комп'ютерна програма "Д-3"). Слідчий суддя, суддя, колегія суддів, маючи віддалений доступ до комп'ютерної програми "Д-3", відповідно, матимуть:

- 1) доступ до будь-якої інформації, що в ній зберігається (в електронній формі), зокрема до матеріалів судового провадження;
- 2) можливість створювати проекти судових рішень та засвідчувати їх кваліфікованим електронним підписом (створювати електронний документ).

²⁴ Положення про автоматизовану систему документообігу суду: затверджено рішенням Ради суддів України від 26 листопада 2010 р. № 30 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr030414-10#Text>> (дата звернення: 17.10.2022).

Водночас є чимало інших невирішених питань при здійсненні правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів із різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції (у режимі дистанційного судового провадження):

1) КПК України (зокрема ст. 336) прямо не передбачає та не регулює здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів із різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції;

2) ускладнюється/унеможлиблюється формування та вручення повістки про виклик (яка, згідно зі ст. 137 КПК України, підписується слідчим суддею, суддею, який здійснив виклик);

3) ускладнюється/унеможлиблюється процедура формування рішення у паперовій формі (ст. 371 КПК України).

Висновки. Отже, у зв'язку із введенням воєнного стану в Україні у судовій практиці склалося два підходи щодо розгляду клопотань про здійснення судового засідання за участю сторони кримінального провадження в режимі відеоконференції з використанням власного облікового запису в системі "EASYCON":

1) здійснення судового провадження у режимі відеоконференції з використанням власних технічних засобів учасника судового провадження, не передбачених КПК України, що позбавляє суд можливості виконати вимоги статей 342–345 КПК України, дотриматись процедури судового розгляду. Як наслідок, суди такі клопотання залишають без задоволення;

2) здійснення судового провадження у режимі відеоконференції з використанням власних технічних засобів учасника судового провадження цілком узгоджується із загальними засадами кримінального провадження, а сама відеоконференція є процесуальною формою використання інформаційних технологій у судовому провадженні. Як наслідок, такі клопотання підлягають задоволенню.

Існують проблеми в питанні допустимості здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів з різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції.

Практика розгляду клопотань про здійснення судового засідання за участю сторони кримінального провадження у режимі відеоконференції з використанням власного облікового запису в системі "EASYCON" та здійснення правосуддя слідчим суддею, суддею, колегією суддів із різних приміщень, зокрема інших судів, або з використанням власних технічних засобів у режимі відеоконференції повинна бути уніфікована Верховним Судом (ч. 6 ст. 358 КПК України, ст. 13 Закону України "Про судоустрій і статус суддів"²⁵) або законодавцем через внесення відповідних змін та доповнень до КПК України.

²⁵ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>> (дата звернення: 17.10.2022).

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Hariievska M, 'Videokonferentsiia v tsyvilnomu protsesi: problemni pytannia' (2015) 14 Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo (in Ukrainian).
2. Skorobahata Yu, 'Videokonferentsiia yak sposib vyrishennia zavdan kryminalnoho zakonu ta kryminalnoho protsesualnoho zakonodavstva' (2020) Novitni kryminalno-pravovi doslidzhennia: almanakh naukovykh prats (in Ukrainian).
3. Smyrnov M, 'Videokonferentsiia yak protsesualna forma vykorystannia informatsiinykh tekhnolohii u kryminalnomu provadzhenni Ukrainy' (2021) 2 Pravovy chasopys Donbasu (in Ukrainian).

Newspaper articles

4. Sikora K, 'VKZ u kryminalnomu protsesi i voiennyi stan – yak tse pratsiuie, problemni pytannia, chym korysna praktyka?' (2022) Sudovo-yurydychna hazeta <<https://sud.ua/uk/news/blog/247392-vkz-u-kryminalnomu-protsesi-i-voiennyi-stand-yak-tse-pratsiuie-problemni-pytannia-chym-korysna-praktyka>> (accessed: 17.10.2022) (in Ukrainian).

Tetiana Podorozhna
Khudyk Andrii

JUDICIAL PROCEEDINGS IN VIDEOCONFERENCE MODE WITH THE USE OF THE OWN TECHNICAL MEANS AND SERVICE "EASYCON": JUDICIAL PRACTICE IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN THE CONTEXT OF MARTIAL LAW

ABSTRACT. The article examines the peculiarities of videoconferences with the use of own technical means and Easycon. It is emphasized that one of the tasks of criminal proceedings is to ensure a quick, complete and impartial investigation and trial. It is stated that video conferencing during a court hearing with the participation of the parties outside the court premises by means of the participants' own technical means is not provided. The judges of the Second Judicial Chamber of the Criminal Court of Cassation of the Supreme Court have issued several rulings to leave without satisfying the petitions of the participants to participate in the case of the court in a videoconference regime outside the court premises using the Easycon system. In connection with the introduction of martial law in Ukraine, there were two approaches in the jurisprudence to consideration of petitions on the court hearing with the participation of a party of criminal proceedings in a videoconference mode using your own account in the Easycon system: 1) the implementation of court proceedings in video conferencing mode using their own technical means of the participant of court proceedings not provided for by the CPC of Ukraine, which deprives the court the opportunity to fulfill the requirements of Art. 342–345 of the CPC of Ukraine and adhere to the procedures of trial. As a consequence, courts are left without satisfaction; 2) the implementation of judicial proceedings in the videoconference mode using their own technical means of the participant of the court proceedings is fully

coordinated with the general principles of criminal proceedings, and the video conference is a procedural form of use of information technologies in court proceedings. As a result, such petitions are subject to satisfaction.

The purpose of the study is to analyze theoretical provisions and practical problems of procedural actions in videoconference mode in criminal process and to distinguish certain problems of application of remote judicial proceedings. In order to achieve this goal, the article defines the following tasks: to analyze modern approaches and jurisprudence on consideration of petitions on the court hearing with the participation of the parties to criminal proceedings in videoconference mode with the use of their own technical means and Easycon; service; to investigate the possibility of justice to investigate a judge, a panel of judges from different premises, such as other courts, or using their own technical means in videoconference mode.

Results of the study: the practice of remote judicial proceedings is summarized; It is emphasized that the video conferencing system is a complex of technical means and software (by reference to the official website of the judiciary of Ukraine vkz.court.gov.ua) or other means available to the courts and court participants that provide the holding of court proceeding in video conferencing mode and meet the requirements of the legislation. At the same time, at the specified link it is possible to hold a court hearing in videoconference mode using the Easycon software; It was concluded that there were problems in the issue of admissibility of justice by investigating judge, judge and panel of judges from different premises, in particular other courts, or using their own technical means in videoconference mode. The practice of considering the petitions for the implementation of the court hearing with the participation of the criminal proceedings in the videoconference mode using your own account in the Easycon system and the administration of justice to the investigating judge, the judge, the panel of judges from different premises, in particular other courts, or using their own technical means in videoconference mode should be unified by the Supreme Court or the legislator by making appropriate changes and additions to the CPC of Ukraine.

KEYWORDS: right to judicial protection; judicial proceedings; criminal proceedings; participants of criminal proceedings; procedural actions; videoconference; judicial practice.

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ



Tamara Horbachevska

PhD candidate of Yaroslav Mudryi National Law University and Wageningen University & Research (Wageningen, The Netherlands)
 ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5954-4550>
 Research ID: <https://researchid.co/rid34772>
t.i.gorbachevska@nlu.edu.ua / tamara.horbachevska@wur.nl

УДК 342.7

THE NEED FOR THE MINIMUM STANDARD REQUIREMENT
 IN THE PROTECTION OF FREEDOM OF RELIGION
 AND BELIEF AT THE WORKPLACE:
 THE CASE OF *WABE* AND *MH MUELLER HANDELS GMBH V. MJ*

ABSTRACT. Legal disputes around freedom of religion or belief (FoRB) and the right not to be discriminated against at the workplace have arisen in many countries in Europe. While developing their approaches to the ratio of freedom from discrimination and the ability of private employers to restrict the manifestations of employees' identity, legislators, courts, and business communities of those countries have to follow or take into account standards and recommendations developed by international organizations they participate in, and the relevant courts, including the Council of Europe (CoE), the European Union (EU members), European Court of Human Rights (ECtHR), Court of Justice of the European Union. However, the approaches to FoRB, non-discrimination, and Employment developed by those entities are vague and sometimes contradict each other.

The purpose of the article is to analyze the legal frameworks of the abovementioned institutions to ensure the freedom of religion and beliefs in the workplace, and the inconsistency between them, which causes its incorrect applications used by state and private employers. The work proposes a possible approach to solving the problems of different judicial interpretations of international acts, namely the implementation of the requirement of the minimum standard for the protection of human rights, which will set general and basic criteria that employers must be observed when creating certain restrictions on expressing employees' religious identity.

Resolution 2318 (2020) adopted by CoE on "The protection of freedom of religion or belief in the workplace" calls to "promote a "living together" in a religiously pluralist society". Recently, the CJEU concluded that only an absolute prohibition on all visible forms of expression of political, philosophical, or religious beliefs which also concerns religious clothing at work can ensure a policy of neutrality at the workplace without discrimination. Hence, the concepts of "living together" and "living environment" take on different meanings in EU and CoE regulations and judicial decisions and are interpreted

not as the original idea of religious pluralism, but as an excuse to restrict the right to freedom of religion to ensure a policy of neutrality and non-discrimination. This line of argumentation is sometimes supported by gender-equality arguments but this approach often completely eliminates the consideration of the needs of religious people and, especially religious women, which are an integral part of their identity, and, thus, can significantly restrict or deprive them of access to the employment market.

These concerns and complexities also invigorate the role of corporate responsibility in protecting FoRB and non-discrimination at the workplace. In this context, a coherent doctrine of the interpretation of these categories by international institutions is important, as can ensure exclude the possibility of employers implementing “absolute neutrality policies” that automatically forbid any manifestations of religious identity.

KEYWORDS: the minimum standard in human rights protection; right to freedom of religion and belief; gender equality; business and human rights; discrimination.

This article argues that creating and applying neutral policies by private actors for religious people at the workplace is the practice of exclusion of religiosity from public life and directly discriminative against persons based on their religion or beliefs at the workplace. Therefore, the private actors’ policies of neutrality at the workplace have to pass much harder scrutiny analysis on their consistency with international standards before entering into force. The paper observes which challenges and obstacles different actors face in implementation of such standards in their policies and practices and proposes the way to address them.

Resolution 2318 (2020) adopted by CoE on “The protection of freedom of religion or belief in the workplace” calls to “promote a “living together” in a religiously pluralist society”. Although promoting coherent interpretations of the freedom of thought is proclaimed as an important aim Mark Bell notices rightly that litigation in courts of different jurisdictions on FoRB matters looks like “a deep-seated dissonance between religious freedom and anti-discrimination law”¹. Recently, the CJEU concluded that only an absolute prohibition on all visible forms of expression of political, philosophical, or religious beliefs what also concerns religious clothing at work can ensure a policy of neutrality at the workplace without discrimination. The concepts of “living together”, “living environment” take on different meanings in EU and CoE regulations and judicial decisions and are interpreted not as the original idea of religious pluralism, but as an excuse to restrict the right to freedom of religion or belief (FoRB) to ensure a policy of neutrality.

The paper *aims* to analyze the vague interpretations of FoRB and criteria of its restriction at the workplace, especially in the context of religious clothing, by different judicial and international jurisdictions. The article includes six chapters focused on above stated issues. Following this introduction, the second chapter highlights main provisions on protection and possibility of restriction

¹ Bell M, ‘Bridging a Divide: A Faith-Based Perspective on Anti-Discrimination Law’ (2020) 9 Oxford Journal of Law and Religion 1.

freedom of religion and belief at the workplace enshrined in the international standards. The third chapter analyses the recent CJEU decision in *WABE and MH Mueller Handels GmbH v. MJ* highlighting challenges this decision poses for coherent interpretations of safeguards and restrictions of FoRB at the workplace. The fourth section emphasizes the specific vulnerability of religious women in the access to labor market due to judicial legitimization of policies of absolute neutrality enshrined by employers. The fifth chapter consists of two sub-chapters: critics of the unrestricted margin of appreciation of private companies in deciding on restrictions of FoRB and explains the need of introducing the minimum standard of *due consideration* of the FoRB needs by employee. The last chapter provides the conclusion on the results of conducted analysis.

Existing law regulation on FoRB at the workplace

The idea of guaranteeing the FoRB at the workplace found its implications in international documents. The 1981 Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion proclaims that ‘any exclusion aiming to nullify or impair the recognition of person’s religion or belief means intolerance and discrimination based on religion or belief’².

PACE Resolution 2318 (2020)³ in the first paragraph calls for “living together” based on religious pluralism. So, *the notion of living together is directly based on religious pluralism and does not need to confront with it*. They both are reinforcing each other in that sense that they are providing basics for a variety of people operating in the same place but not in the way of exclusion of some groups or giving preference to one group over another but in the way of raising the level of tolerance to other identities. Further, it notes that:

the presence of members of different religious or non-religious groups may cause challenges in the workplace that some employers may try to resolve by imposing prima facie neutral rules. However, the application of prima facie neutral rules in the workplace – such as those on dress codes, dietary rules, public holidays or labour regulations – can lead to indirect discrimination of representatives of certain religious groups, even if they are not targeted specifically⁴.

Along with international standards on FoRB at the workplace, the EU Council Directive 2000/78/EC establishes equal treatment in employment and occupation. This document is the basis for decisions of CEJU and enshrines the term “*occupational requirement*” which in some cases can be the ground for

² Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief (*General Assembly resolution 36/55*, 25.11.1981) <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-all-forms-intolerance-and-discrimination>> (accessed: 31.06.2022).

³ Resolution 2318 (2020) on the protection of freedom of religion or belief in the workplace, Parliamentary Assembly of Council of Europe <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28556&lang=en>> (accessed: 31.06.2022).

⁴ Ibid.

infringing FoRB at the workplace. The concept of occupational requirement includes the possibility of the employee restricting certain human rights and it will not be considered discrimination if there is ‘a genuine and determining occupational requirement, provided that the objective is legitimate and the requirement is proportionate’⁵.

The condition of infringement of FoRB should meet *four* requirements: to be genuine and determined, that is the position should be so specific that with the expression of FoRB at the workplace it would be impossible to fulfill its obligations; the objective should be legitimate (so, no one can just create demands restricting certain human rights without giving it any justification); and, eventually, it should be proportionate, that is the restriction imposed should not be cause more damage to the human right that it is needed to achieve the legitimate aim.

The close criteria for assessment of the possibility of infringement human rights are enshrined in the practice of ECHR: *respecting the very hard core of the affected right, legality, legitimate aim, and proportionality*⁶. In the regard to anti-discrimination provisions, ECHR enshrines article 14 where any restriction of rights set up in the Convention is prohibited⁷. Further, according to the Protocol 12 of the Convention⁸ the application of “any right set forth by law” shall be protected from discrimination⁹ that is that the anti-discrimination requirement is widespread not only to rights enshrined in Convention but to all rights that exist in the national legislation of Member States¹⁰.

In this context UN Special rapporteur on FoRB argues in the context of applying article 18 of ICCPR that the interpretation of the article should not “vitiolate” the right guaranteed by it as well the interpretation of the limitation clause of FoRB should be very strict¹¹ although it is still far from the implementation in the practice¹².

⁵ Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078&from=EN>> (accessed: 01.07.2022).

⁶ Van Drooghenbroeck S, Cecilia R, ‘The ECHR and the essence of fundamental rights: searching for sugar in hot milk?’ (2019) 20 German Law Journal 6.

⁷ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5 <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf> (accessed: 31.06.2022).

⁸ Protocol 12 was not ratified by all CoE member states.

⁹ Protocol 12 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms on the Prohibition of Discrimination, Council of Europe, 4 November 2000, ETS 177 <https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P12_ETS177E_ENG.pdf> (accessed: 31.06.2022).

¹⁰ Lemmens P, ‘The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights—Substantive Aspects’ (2001) 8 Maastricht Journal of European and Comparative Law 1; Quek J, ‘A View from across the Water: Why the United Kingdom Needs to Sign, Ratify and Incorporate Protocol 12 to the European Convention on Human Rights’ (2011) UC Dublin L. Rev. 11.

¹¹ Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief, U.N. Doc. A/HRC/34/50 30, 44 (Jan. 17, 2017) <<https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3450-report-special-rapporteur-freedom-religion-and-belief>> (accessed: 05.07.2022) (noting that states are continuously applying restrictions on the right to manifest religion, and they are beginning to apply “restrictions as the rule and not as the exception”).

¹² Interestingly, that Section B “Draft recommendation” of the Draft Resolution 2318 (2020) contained a provision on the need for coherent interpretation of the FoRB but was not included in the final approved version of the PACE:

Ahmed Shaheed proclaims that people following certain beliefs are at threat of ‘being left behind’¹³ by policymakers. This threat is enhanced in reality due to corporate and court practice which recognizes the right of employees to introduce policies banning any use of visible religious signs with the aim to ensure the “living together” concept. CJEU decision in the case of WABE and MH Mueller Handels GmbH v. MJ is the example of this practice.

*The threat of the new CJEU Decision
in WABE and MH Mueller Handels GmbH v. MJ*

In the case *WABE and MH Mueller Handels GmbH v. MJ* the question at issue is whether the prohibition on any visible religious signs at the workplace constituted direct or indirect discrimination and whether this discrimination can be legitimate.

The IX was the worker in the private children’s daycare institution WABE and followed the Muslim religion. WABE followed the Educational recommendation of the city of Hamburg introduced in 2012 stated as follows:

All child day care facilities have the task of addressing and explaining fundamental ethical questions as well as religious and other beliefs as part of the living environment <...> This consideration increases the child’s self-understanding and experience of a functioning society <...> By encountering other religions, children experience different forms of reflection, faith and spirituality¹⁴.

In 2018, the policy on neutrality was introduced by WABE stating that in the order to fulfill ‘the aim of cultural and religious diversity *any sign of religion should be non-permitted at the daily care center to ‘guarantee the children’s individual and free development with regard to religion, belief and politics, <...> employees are required to observe strictly the requirement of neutrality that applies in respect of parents, children and third parties (italicized by me – T. H.)*’¹⁵. Further, according to the information brochure on the new policy, there should be no visibility of Christian, Muslim, and Jewish religious signs worn by teachers as it can affect children’s choice of religion¹⁶.

The CJEU in it is reasoning raised two questions that are important for the analysis in the article: whether the banning all religious signs at the workplace constitutes direct discrimination and if not whether it is legitimate and

1.4 strengthen cooperation with the European Union, the Organisation for Security and Cooperation in Europe (OSCE) and the United Nations, with a view to promoting coherent interpretations of the freedom of thought, conscience and religion and the implementation of common policies in the field of combating discrimination based on religion or belief in the workplace.

¹³ Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief on Elimination of all forms of religious intolerance (2020) 3 <<https://digitallibrary.un.org/record/1305380>> (accessed: 05.07.2022).

¹⁴ IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ App no C-804/18 341/19 (CJEU, 15 July 2021) 23.

¹⁵ Ibid 25.

¹⁶ Ibid 26.

proportionate to introduce a neutral policy banning all the religious signs in the order to ensure the neutrality of the employer.

Responding to the first question the CEJU found that *there is no direct discrimination in the case of banning all the visible religious signs if such a ban is introduced 'in a general and undifferentiated way'*¹⁷. Further, the Court argues that

neutrality <...> can be effectively pursued only if no visible manifestation of political, philosophical or religious beliefs is allowed when workers are in contact with customers or with other workers, since the wearing of any sign, even a small-sized one, undermines the ability of that measure to achieve the aim allegedly pursued and therefore calls into question the consistency of that policy of neutrality¹⁸.

In this regard, the Court doesn't provide a scrutiny analysis at all on whether an absolute ban on religious symbols can be proportionate and whether it constitutes a violation of FoRB as a basic human right. The scope and focus of the analysis were only on how to ensure the aim of being neutral properly and in a non-discriminative manner but the problem is that the decision on discrimination cannot be made by one-side analysis when the preference is *automatically* given to the value of neutrality but not to its balance with the need to ensure the FoRB.

Other reasons to legitimate such neutral policies were such as different rights and freedoms in question as well as the risk of specific disturbances within the undertaking or the specific risk of a loss of income. These reasons, according to the Court's view, can constitute the absolute ban of religious clothing if all workers regardless of their religious affiliation are made to follow the same rules of neutrality¹⁹. But where there is the analysis of what would such a ban mean to all workers, whose religion is an undeniable part of their identity and they cannot just sacrifice it due to the need of saving their job? The decision in WABE neither answers this question nor even tries to do that. Katayoun Alidadi calls the neutrality reason in this case "*Aura Legitimacy*" for discrimination on the basis of religion²⁰.

¹⁷ IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ (n 14) 55.

¹⁸ IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ (n 14) 76–8; see also Samira Achbita, Centre for Equal Opportunities and Opposition to Racism v G4S Secure Solutions NV App no C-157/15 (CJEU, 14 March 2017): In the present case, the internal rule at issue in the main proceedings refers to the wearing of visible signs of political, philosophical or religious beliefs and therefore covers any manifestation of such beliefs without distinction. The rule must, therefore, be regarded as treating all workers of the undertaking in the same way by requiring them, in a general and undifferentiated way, inter alia, to dress neutrally, which precludes the wearing of such signs." (§ 30); "The ECJ starts in Achbita from the observation that "the desire to display, in relations with both public and private sector customers, a policy of political, philosophical or religious neutrality must be considered legitimate. (§ 37).

¹⁹ IX v WABE eV and MH Müller Handels GmbH v MJ (n 14) 82–3.

²⁰ Alidadi K, Religion, *Equality and Employment in Europe: The Case for Reasonable Accommodation* (Bloomsbury Publishing, 2017).

Moreover, if the Court would conduct the analysis of the city of Hamburg Recommendations on daily care centers and the WABE neutral policies introduced several years later, it could see the direct contradiction. The Recommendations are telling how it is important not only to be aware of different religions but also that encountering such religions provides children the real experience of functioning society. However, if to follow the argumentation of the policy of neutrality of WABE and CJEU decision in the future, the real experience of encountering different religions is excluded from the live experience of children artificially by regulations prohibiting real people to express their belonging to certain religion.

Intersectionality of the issues: rights of religious women at the stake

According to General Recommendation 25 on CEDAW, there should be three main pillars addressing gender inequality: ‘formal equality (ensuring women are not directly or indirectly discriminated against), substantive equality (through improving the de facto position of women), and transformative remedy (to address prevailing gender relations and the persistence of gender-based stereotypes)’²¹.

The three CJEU cases of analysis (*Achbita*, *Bougnaoui*, and *WABE*) are posing the dangerous case law in particular – for religious women. The question of woman emancipation and ability to decide for themselves what is better is still underestimated in the courts’ argumentation thus bringing them to the life matter choice between following the rules of a particular religion or the possibility to work²². Furthermore, specific dress-code neutrality requirements for Muslim women can ‘*directly exclude women from certain employment contexts and/or lead to self-exclusion from particular careers and places of work*’ (italicized by me. – T. H.)²³. In that case, the Muslim women are facing triple discrimination – as a woman, as a religious person, and as a representative of other ethnic communities²⁴. Celine Paré argues that ‘Muslim women

²¹ General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures, UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), 2004, note 141, para 10 <<https://www.refworld.org/docid/453882a7e0.html>> (accessed: 08.07.2022).

²² Bribosia E, Rorive I, ‘ECJ Headscarf Series (4): The Dark Side of Neutrality’ (Strasbourg Observers, 14 September 2016) <<https://strasbourgothers.com/2016/09/14/ecj-headscarf-series-4-the-dark-side-of-neutrality>> (accessed: 20.07.2022).

²³ Young Y, ‘Fighting subtle forms of employment discrimination against Muslim refugees’ <<https://scholars.org/contribution/fighting-subtle-forms-employment-discrimination-against-muslim-refugees>> (accessed: 20.07.2022); Malik A, Qureshi H, Abdul-Razakq H, et al “‘I decided not to go into surgery due to dress code’: a cross-sectional study within the UK investigating experiences of female Muslim medical health professionals on bare below the elbows (BBE) policy and wearing headscarves (hijabs) in theatre’ <<https://bmjopen-bmj-com.ezproxy.library.wur.nl/content/9/3/e019954>> (accessed: 20.07.2022).

²⁴ Sharpston E, ‘Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)’ (2021) EU Law Analysis <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>> (accessed: 20.07.2022).

are politically constructed as victims of Islamic teachings, evidencing the “backwardness” of the Islamic religion and culture²⁵.

Farrah Razza argues that the need for women to wear a religious scarf in public life should be not prohibited as wearing the headscarf meets all three requirements of FoRB to be implemented: it causes no direct harm to others; involves a minimal cost to implement this; and causes no indirect harm to others²⁶. In light of this argumentation, *the aim of protecting the living together concept as well as the notion of living environment even if it is legitimate does not meet the criteria of proportionality if these concepts are used to satisfy the restriction of wearing religious clothing*. Moreover, as was explained above, the living together approach should not be interpreted as such that requires hiding some specific expression of the person at the workplace. Contrary, the living together concept should enhance and introduce *an inclusive environment*, thus really providing the possibility for different groups of people to exist in one space. In addition, there is no evidence providing that the wearing the Muslim burqa or niqab hinder the ability of society to live together and communicate²⁷.

If to look closely at the business actors’ conduct it can often happen that the employer doesn’t provide any specific, gender-sensitive provisions in their policies which means that gender-neutral policies having an impact on employees or the community may cause or deteriorate discrimination against women which existed in the society before introducing such neutral rules²⁸. That is why it is crucial for the business actors to analyze the context in which they are going to operate before imposing some policies. This is directly related to the examination of whether the employer has Muslim women working for him or her and whether their activity affects the Muslim community.

*V. FoRB within business activities:
the need for the minimum standard requirement*

The wide business margin of appreciation due to CJEU decisions

Special Rapporteur on FoRB states in the UN interim report that if the public institutions of the Member states ‘unduly hinder or openly discriminate against religious or belief minorities within their staff’²⁹ this will create a threat for doing the same by private actors.

²⁵ Paré C, ‘Selective solidarity? Racialized othering in European migration politics’ (2022) *Amsterdam Review of European Affairs* 1.1.

²⁶ Raza F, ‘Limitations to the right to religious freedom: rethinking key approaches’ (2020) *Oxford Journal of Law and Religion* 9.3.

²⁷ Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion and Belief, U.N. Doc. A/HRC/34/50 30, 44 (n 11).

²⁸ Meyersfeld B, ‘Business, human rights and gender: a legal approach to external and internal considerations’ (2013) *Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect*.

²⁹ Elimination of all forms of religious intolerance: note / by the Secretary-General A/69/261, 43, <<https://undocs.org/A/69/261>> (accessed: 08.07.2022).

That is what is done by the recent decision of CEJU in the case *WABE and MH Mueller Handels GmbH v. MJ* where the highest court in the EU used an interpretation that legitimized the possibility of imposing directly discriminating corporate policies banning any signs of religion worn by their employees. What is missing in the argumentation of the court is the scrutiny analysis of the balance between the employee's need to express their affiliation with the concrete religion and the employer's aim to ensure a neutral corporate image³⁰. The wide margin of appreciation of private companies in deciding on restrictions of human rights is closely connected to the interpretations and wording of legal rules on anti-discrimination laws regarding private actors. It was confirmed in the most recent decision of CJEU in *WABE*.

Matteo Corsalini in analysing CJEU decisions in *Achbita* and *Boungaoui* case states that even though implicitly but often the corporate law regulation shapes the judicial decisions and not vice versa³¹. So, the preference is usually given to the corporate legal framework rather than to human rights. The difference in the implementation can be explained as due to *the absence of a universal standard of FoRB protection*, that's why the decisions of CJEU vary depending on the presence or absence of corporate policies, that's also giving a too wide margin of appreciation to private actors. Based on the argumentation of these decisions corporate actors can create a policy on neutrality *whatever strict they want it to be* and then it could be automatically upheld by CJEU without any considerable judicial review (as it was made in *Achbita*). This creates a power of private actors to put as many restrictions on the expression on FoRB at the workplace as they wish to without making any proportionate test between these two overlapping concepts³². The rising number of such decisions recognizing the right to impose strict neutrality policies by private actors according to the Alidadi creates "a mushrooming of such practices – which have exclusionary effects – on the ground"³³.

The question of neutrality as a legitimate aim in restriction of FoRB is also questioned to be a mere managerial rule³⁴. In the regard to decisions in *Achbita*, *Boungai*, and *WABE* the risk of using neutral policies to cover some human rights violations became much more considerable. The "managerialization"³⁵

³⁰ Report on the protection of freedom of religion or belief in the workplace, Committee on Legal Affairs and Human Rights <<https://pace.coe.int/en/files/28322>> (accessed: 08.07.2022).

³¹ Corsalini M, 'Religious Freedom, Inc: Business, Religion and the Law in the Secular Economy' (2020) Oxford Journal of Law and Religion 9.1, 36:

In *Achbita*, the presence of an explicit policy regulating religious garments was aimed at providing an image of neutrality to enhance commercial performance. This allowed the CJEU to develop a simplistic libertarian approach which underestimated that G4S's internal rule might conceal a particular prejudice or discriminatory intent. Accordingly, the Court prioritized corporate interests by granting employers selective exemptions from anti-discrimination laws.

³² Ibid 38.

³³ Alidadi (n 20).

³⁴ Corsalini (n 31) 42.

³⁵ Monciardini D, Bernaz N, Alexandra A, 'The organizational dynamics of compliance with the UK Modern Slavery Act in the food and tobacco sector' (2021) *Business & Society* 60.2.

of neutral policies within business actors' activities means that by legitimizing them with an aim to provide a neutral corporate image, or living together, or living in a secular society, *the real aim of exclusion³⁶ of certain expressions of person's identity, in particular, their religion, will be hidden by artificial compliance reports*, whereas in the practice equality and anti-discrimination provisions will not be applied by business actors. Thus, it will be ineffective and contradictive towards neutrality policies implicitly aimed to "legitimately" exclude some groups of people from their workforce. In this case, a preference could be easily given to the standardized work rules over religious identity and expression³⁷. It also becomes possible to put religious people in the "closet" of the company or to "cover" them which is the practice of restriction of person's autonomy³⁸. Such results of decisions by CJEU Lucy Vickers call "a missed opportunity"³⁹ to bring more protection and inclusion for religious minorities at the workplace.

Heiner Bielefeldt states that the aim of maintaining corporate identity is not hard to implement simultaneously with religious pluralism at the workplace⁴⁰. The requirement of neutrality at the workplace as a part of corporate identity is in most cases not genuine and determining to be able to restrict FoRB. For that, it is a lack of argumentation why and how the expression of FoRB at the workplace can deteriorate the corporate identity in a so strong manner that becomes legitimate to infringe it.

Alidadi describes the image of a worker perceived as a neutral, impersonal labor force, which is a narrative of huge growth of "neutral politics" in the private sector denying the personality and the particularity of the employee⁴¹. In that sense the identity of the person at the workplace is underestimated and not valued which is in contradiction with the value of human autonomy⁴². In regard to banning the wearing of religious clothing due to the prohibition of wearing any religious sign, the religious autonomy of a person is rejected in the space where a person spends most of their daily life when working⁴³. Thus, religious employees entering the workplace face an existential dilemma between preserving their identity or saving a job position.

³⁶ de Albuquerque P, 'The rights of workers, migrant workers and trade unions under the European Convention on Human Rights' (2020) European Human Rights Law Review 1.

³⁷ Vickers L, 'Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace' [2017] 8 (3) European Labour Law Journal.

³⁸ Ouald-Chaib S, David V, 'European Court of Justice keeps the Door to Religious Discrimination in the Private Workplace Opened. The European Court of Human Rights could Close it' (Strasbourg Observer, 27 March 2017) <<https://strasbourgoobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it>> (accessed: 21.07.2022).

³⁹ Vickers (n 37) 240.

⁴⁰ Elimination of all forms of religious intolerance (n 29).

⁴¹ Ronald A, 'Balancing Employee Religious Freedom in the Workplace with Customer Rights to a Religion-free Retail Environment' (2012) 117 Business and Society Review 3.

⁴² Norton J, *Freedom of religious organizations* (Oxford University Press 2016).

⁴³ Kelly M, *The divine right of capital: Dethroning the corporate aristocracy* (Berrett-Koehler Publishers 2001).

Alidadi argues that such “neutral” practices are not really neutral, because they are aimed at eliminating religiosity from the customer service space. Such practices are different from truly neutral practices that can be aimed at safety (Jeroen Bosch Ziekenhuis V X⁴⁴ in which Muslim women violated requirements for a woman’s hands for at least three fourth) or providing hygiene (known Chaplin versus United Kingdom⁴⁵)⁴⁶. She further refers to the practice of the Netherlands Commission in the Netherlands, which in the Council of Decisions resolved that neutral policies to ban the wearing of religious symbols in the workplace are direct discrimination, because they are aimed at restricting specifically FoRB⁴⁷.

Criteria for setting up minimum standards in employment

The current situation with the FoRB protection in the European workplace market reveals that there are two angles of the issue: 1) the exclusion of the possibility of the employee to apply for the realization of FoRB at the workplace due to policies on the absolute ban on religious symbols, and, as a result, 2) the absence of any internal corporate mechanism to protect the right to FoRB forcing workers to appeal to the courts regarding the unlegitimacy of the whole policy on neutrality which was actually done in *Achbita*, *Bougnaoui*, and *WABE*. In this sub-section, we try to describe *how to prevent the existence of the second angle by addressing the first one more properly*.

In its Resolution 2318 (2020) the PACE recalls that in sub-paragraphs 9.2 and 9.3 that CoE members should strive to

legislative and any other appropriate measures, in order to ensure that employees can lodge a claim that their right to non-discrimination on the grounds of religion or belief has been breached” and “establish appropriate adjudication and other adequate mechanisms to deal with claims of discrimination on the grounds of religion or belief, or any other prohibited grounds⁴⁸.

But what are the criteria for such mechanisms? How private actors can implement them in a proper manner? As we have seen from the previous sections, the final decisions of the courts were the results of the need of the person affected by corporate policies to apply to the court after their attempts to protect the right to FoRB in the corporation failed.

⁴⁴ Jeroen Bosch Ziekenhuis v X, App no 620353, LJN: BJ2840 (District Court-Hertogenbosch, 13 July 2009).

⁴⁵ Eweida and others v United Kingdom, App no 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10 (ECtHR, 15 January 2013).

⁴⁶ Alidadi (n 20) 139–47.

⁴⁷ Ibid 150, 161–612.

⁴⁸ Alidadi K, ‘Reasonable accommodations for religion and belief: adding value to article 9 ECHR and the European Union’s anti-discrimination approach to employment?’ (2012) 37 European Law Review 6.

In this sense, the negative obligation of the employee to refrain from unreasonably infringing the employee's rights to FoRB⁴⁹ is closely related to the UNDPs Framework on "Protect, Respect, Remedy"⁵⁰ which also requires businesses not to violate human rights and to implement effective protection mechanisms, *the concept of "due consideration" can be added to such protection mechanisms*, which would enable employees to initiate the issue of rational argumentation of the employer on the possibility of expression of FoRB at the workplace.

According to the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, all actors should establish an appropriate mechanism to protect the breached right of the person. The II Pillar on respecting the human rights by business actors includes the appropriate mechanisms for the fulfilment of human rights without its infringement. Such mechanisms should be part of prevention of the human rights abuses within business operations. The III Pillar on providing remedies is mostly related to the procedures provided to already infringed rights⁵¹.

While it is not stated implicitly the UNGPs Pillar of Respect to human rights is based upon the need to prevent the "actual impacts" what in the case of ensuring FoRB at the workplace can be done throughout creating a system not only of grievance mechanism when the breach already occurred but by applying the due consideration procedure of assessing the needs of employees to fulfill FoRB. This can be done by providing the philosophical basis for setting the minimum standard requirement⁵² in ensuring human freedoms and opportunities in practicing their rights. Minimum standard requirement is 'the idea that a minimally just society ought to secure certain central capabilities up to a threshold level for all its members, which is compatible with human dignity'⁵³.

Moreover, the concept of ensuring FoRB at the workplace could be found in the provision of Principle 23 (b) ("in all contexts, business enterprises should seek ways to honor the principles of internationally recognized human

⁴⁹ González-González M, 'Reconciling spirituality and workplace: Towards a balanced proposal for occupational health' (2018) 57 Journal of religion and health 1.

⁵⁰ Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, UN, 2011 <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf> (accessed: 23.07.2022).

⁵¹ Thompson B, 'Determining criteria to evaluate outcomes of businesses' provision of remedy: Applying a human rights-based approach' (2017) Business and Human Rights Journal 2.1; In the commentary to the Principle 19 it is stated that 'potential impacts should be prevented or mitigated through the horizontal integration of findings across the business enterprise, while actual impacts – those that have already occurred – should be a subject for remediation'.

⁵² Len L, *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts* (Bloomsbury Publishing 2017).

⁵³ Ibid. The author writes:

From a capabilities perspective we can say that minimum contract justice requires that freedom of contract is constructed as to create an enabling environment in which persons have the ability to pursue valuable functionings through market exchange on an equal basis with others <...> A capabilities approach to minimum contract justice identifies those agreements that are incompatible with securing and protecting basic capabilities, ie, those agreements that should not be recognised as contracts.

rights when faced with conflicting requirements”⁵⁴). In that sense, *the need to fulfill the FoRB as a basic human right even when conflicting with other values (like living together or corporate image, or safety) should be conducted to the maximum extent possible*. It means that when specific standards on business and human rights policies restricting FoRB the assessment of such restrictions has to go through more scrutiny than just allowing an automatic ban on the whole visible religious signs at the workplace. It further relates to Principle 24 on making remediation effective as in some situations delayed response can make human rights not possible to remediate at all that is why prevention as a part of the II Respect Pillar is so important. The concept of “respect” for human rights implies not only the principle of no harm, but there is a creation of mechanisms by which such rights can exercise, so the minimum basis of no-interference should be supplemented *by the minimum principle of appeal to their rights in the workplace*. Effective crossing of pillars of respect and remedy can create an overall effective prerequisite for such security.

A mechanism to prevent a breach of FoRB at the private workplace could be possible throughout the mandatory due consideration procedure of employees’ will to express their religious identity, which is the minimum level of protection of such a right. This requirement would mean that the policies of business actors prohibiting all religious signs do not provide the employee with such *a minimum standard as due consideration* of their FoRB needs request which will automatically force the employee go each time to the long-lasting court proceedings to appeal illegitimate of the full ban policy introduced by the employer⁵⁵.

CONCLUSION. The absolute policies prohibiting all visible religious signs should not be tolerated by court case law and state regulations as they directly and fully exclude the FoRB needs of employees. The concept of “living together” acquires different meanings in normative documents and in the decisions of judges and is interpreted not as an original idea of religious pluralism, but as a reason to limit the right to freedom of religion in order to ensure a policy of neutrality which frequently overlaps with the need to promote a culture of tolerance and “living together” in a religiously pluralist

⁵⁴ Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework (n 50) 23.

⁵⁵ Veit Bader, Katayoun Alidadi, Floris Vermeulen in their article write as follows:

As soon as we get rid of the misleading idea of ‘absoluteness’, however, we are able to reconceptualize the normative ideals of impartiality of normative judgements, neutrality of state institutions and objectivity of truth claims in order to rescue the laudable intuitions not only under ideal conditions, but in the real world <...> Strict neutrality should not be sacrificed in favour of outright particularism, but replaced by relational or inclusive neutrality, which – under conditions of serious cultural inequalities – are better able to realize the intuition that constitutions, laws, institutions, policies and administration should be ethnoculturally and religiously as neutral as possible.

Bader V, Alidadi K, Vermeulen F, ‘Religious diversity and reasonable accommodation in the workplace in six European countries: An introduction’ (2013) 13 International journal of discrimination and the law 2–3.

society, in accordance with Articles 9 and 14 of the Convention and other international legal instruments on human rights protection.

CJEU's decisions in *Achbita*, *Bougnaoui*, and *WABE* created two issues in the protection of FoRB at the workplace of business actors: 1) the exclusion of the possibility of the employee to apply for the realization of FoRB at the workplace due to policies on the absolute ban on religious symbols, and, as a result, 2) the absence of any internal corporate mechanism to protect the right to FoRB.

Additionally, the international institutions' case law such as CJEU decision in *WABE* deteriorates implementation of gender equality as by legitimizing absolute religious symbol bans at the workplace enables employers not to provide any specific, gender-sensitive provisions in their policies which means that gender-neutral policies having an impact on employees or the community may cause discrimination against women which existed in the society before introducing such neutral rules.

To address these matters within business activities the thorough analysis of the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework may be sufficient. Effective crossing of respect and remedy pillars can create an overall prerequisite for prevention and appropriate remediation of unreasonable breaches of FoRB at the workplace.

The concept of "respect" for human rights implies not only the principle of no harm, but there is a creation of mechanisms by which such rights can exercise, so the minimum basis of no-interference should be supplemented by *the minimum principle of appeal to their rights in the workplace*. Establishing such a minimum standard would cease the employee from the burden of proof of indirect discrimination that could be really hard to establish and will be transferred as a burden of proof to the employer to argue why the realization of FoRB on the workplace will "impose an unreasonable degree of hardship"⁵⁶ or contradict to genuine occupational requirement.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Alidadi K, *Religion, Equality and Employment in Europe: The Case for Reasonable Accommodation* (Bloomsbury Publishing 2017) (in English).
2. Kelly M, *The divine right of capital: Dethroning the corporate aristocracy* (Berrett-Koehler Publishers 2001) (in English).
3. Len L, *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts* (Bloomsbury Publishing 2017) (in English).
4. Norton J, *Freedom of religious organizations* (Oxford University Press 2016) (in English).

⁵⁶ Orr J, 'Beyond belief: defending religious liberty through the British bill of rights' (2016) <<https://www.respublica.org.uk/our-work/publications/beyond-belief-defending-religious-liberty-british-bill-rights>> (accessed: 31.06.2022).

Journal articles

5. Alidadi K, 'Reasonable accommodations for religion and belief: adding value to article 9 ECHR and the European Union's anti-discrimination approach to employment?' (2012) *European Law Review* 37.6 (in English).
6. Bader V, Alidadi K and Vermeulen F, 'Religious diversity and reasonable accommodation in the workplace in six European countries: An introduction' (2013) *International journal of discrimination and the law* 13.2-3 (in English).
7. Bell M, 'Bridging a Divide: A Faith-Based Perspective on Anti-Discrimination Law' (2020) *Oxford Journal of Law and Religion* 9.1 doi: 10.1093/ojlr/rwaa020 (in English).
8. Corsalini M, 'Religious Freedom, Inc: Business, Religion and the Law in the Secular Economy' (2020) *Oxford Journal of Law and Religion* 9.1 <https://doi.org/10.1093/ojlr/rwaa008> (in English).
9. de Albuquerque P, 'The rights of workers, migrant workers and trade unions under the European Convention on Human Rights' (2020) *European Human Rights Law Review* 1 (in English).
10. González-González M, 'Reconciling spirituality and workplace: Towards a balanced proposal for occupational health' (2018) *Journal of religion and health* 57.1 <https://doi.org/10.1007/s10943-017-0476-z> (in English).
11. Lemmens P, 'The Relation between the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights—Substantive Aspects' (2001) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 8.1 (in English).
12. Meyersfeld B, 'Business, human rights and gender: a legal approach to external and internal considerations' (2013) *Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect* (in English).
13. Monciardini D, Bernaz N, and Alexandra A, 'The organizational dynamics of compliance with the UK Modern Slavery Act in the food and tobacco sector' (2021) *Business & Society* 60.2 (in English).
14. Orr J, 'Beyond belief: defending religious liberty through the British bill of rights' (2016).
15. Paré C, 'Selective solidarity? Racialized othering in European migration politics' (2022) *Amsterdam Review of European Affairs* 1.1 (in English).
16. Quek J, 'A View from across the Water: Why the United Kingdom Needs to Sign, Ratify and Incorporate Protocol 12 to the European Convention on Human Rights' (2011) *UC Dublin L. Rev.* 11 (in English).
17. Raza F, 'Limitations to the right to religious freedom: rethinking key approaches' (2020) *Oxford Journal of Law and Religion* 9.3 (in English).
18. Ronald A, 'Balancing Employee Religious Freedom in the Workplace with Customer Rights to a Religion-free Retail Environment' (2012) *Business and Society Review* 117.3 doi:10.1111/j.1467-8594.2012.00407 (in English).
19. Thompson B, 'Determining criteria to evaluate outcomes of businesses' provision of remedy: Applying a human rights-based approach' (2017) *Business and Human Rights Journal* 2.1 (in English).
20. Van Drooghenbroeck S, and Cecilia R, 'The ECHR and the essence of fundamental rights: searching for sugar in hot milk?' (2019) *German Law Journal* 20.6 (in English).
21. Vickers L, 'Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back for Religious Diversity in the Workplace' (2017) 8(3) *European Labour Law Journal* (in English).

Websites

22. Bribosia E and Rorive I, 'ECJ Headscarf Series (4): The Dark Side of Neutrality' (*Strasbourg Observers*, 14.09.2016) <<https://strasbourgothers.com/2016/09/14/ecj-headscarf-series-4-the-dark-side-of-neutrality/>> (accessed 20.07.2022) (in English).
23. Malik A, Qureshi H, Abdul-Razakq H, et al "I decided not to go into surgery due to dress code': a cross-sectional study within the UK investigating experiences of female Muslim medical health professionals on bare below the elbows (BBE) policy and wearing headscarves (hijabs) in theatre' <<https://bmjopen-bmj-com.ezproxy.library.wur.nl/content/9/3/e019954>> (accessed 20.07.2022) (in English).
24. Ouald-Chaib S, David V, 'European Court of Justice keeps the Door to Religious Discrimination in the Private Workplace Opened. The European Court of Human Rights could Close it' (*Strasbourg Observer*, 27.03.2017) <<https://strasbourgothers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/>> (accessed 21.07.2022) (in English).
25. Sharpston E, 'Shadow Opinion of former Advocate-General Sharpston: headscarves at work (Cases C-804/18 and C-341/19)', (2021) EU Law Analysis <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/03/shadow-opinion-of-former-advocate.html>> (accessed 20.07.2022) (in English).
26. Young Y, 'Fighting subtle forms of employment discrimination against Muslim refugees' <<https://scholars.org/contribution/fighting-subtle-forms-employment-discrimination-against-muslim-refugees>> (accessed 20.07.2022) (in English).

Тамара Горбачевська

ПОТРЕБА У ВИМОЗІ МІНІМАЛЬНОГО СТАНДАРТУ
У ЗАХИСТІ ПРАВА НА СВОБОДУ РЕЛІГІЇ ТА ПЕРЕКОНАНЬ
НА РОБОЧОМУ МІСЦІ:

СПРАВА *WABE i MH MUELLER HANDELS GMBH V. MJ*

АНОТАЦІЯ. Судові дискусії щодо свободи релігії та переконань і права не піддаватися дискримінації на робочому місці виникають у багатьох країнах Європи. При розробці правових підходів щодо співвідношення свободи від дискримінації та можливості приватного роботодавця обмежувати прояви ідентичності працівників, законодавці, суди та бізнес-спільнота цих країн повинні дотримуватися або враховувати стандарти й рекомендації, розроблені міжнародними організаціями та судами (Рада Європи (РЕ), Європейський Союз (ЄС), Європейський суд з прав людини, Суд справедливості ЄС). Проте інтерпретації вказаних інституцій почасти є непослідовними й такими, що суперечать один одному.

Метою статті є аналіз правових рамок зазначених вище інституцій щодо забезпечення свободи релігії та переконань на робочому місці, і невідповідності між ними, яка є причиною некоректного їх застосування державними та приватними працевлагодатцями. Стаття пропонує можливий підхід до вирішення проблематики різних судових інтерпретацій міжнародних актів, а саме впровадження вимоги мінімального стандарту щодо захисту прав людини, яка встановлюватиме загальні й базисні критерії, яких повинні дотримуватися роботодавці при створенні тих чи інших обмежень щодо вираження релігійної ідентичності їхніх працівників.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 11 • 162-178

Резолюція 2318 (2020) “Захист свободи релігії або переконань на робочому місці”, ухвалена РЄ, закликає ‘пропагувати “спільне проживання” у релігійно плюралістичному суспільстві’. Проте нещодавно Суд ЄС у справі IX проти WABE та MH Mueller Handels GmbH проти MJ дійшов висновку, що лише абсолютна заборона на всі видимі форми вираження політичних, філософських чи релігійних переконань, що також стосується релігійного одягу, може забезпечити політику нейтральності на робочому місці без дискримінації. Поняття “спільне проживання” і “життєве середовище” набувають різного характеру та значення у постановках ЄС і Ради Європи та судових рішеннях, і тлумачаться не як оригінальна ідея релігійного плюралізму, а як привід для обмеження права на свободу віросповідання для забезпечення політики нейтралітету та недискримінації. Ця лінія аргументації іноді підкріплена доводами щодо гендерної рівності, але такий підхід часто повністю виключає розгляд потреб релігійних людей і, особливо – релігійних жінок як невід’ємної частини їхньої ідентичності, що може значно обмежувати або позбавляти їх доступу до ринку працевлаштування.

Ці невідповідності та складності також посилюють роль корпоративної відповідальності у захисті свободи релігії та переконань і недискримінації на робочому місці. У цьому контексті важливою є цілісна доктрина тлумачення цих категорій міжнародними установами, яка може бути забезпечена виключенням можливості впровадження роботодавцями “абсолютних політик нейтральності”, що автоматично виключають будь-які прояви релігійної ідентичності.

Ключові слова: вимога мінімального стандарту у захисті прав людини; право на свободу релігії та переконань; гендерна рівність; бізнес і права людини; дискримінація.

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

ПЕРЕКВАЛІФІКОВУЮЧИ ПОЗОВ ЗА ПРИНЦИПОМ *JURA NOVIT CURIA*, СУД МОЖЕ ПОРУШИТИ ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД ЯК ЩОДО ВІДПОВІДАЧА, ТАК І ЩОДО ПОЗИВАЧА*

<...>

Фактичні обставини справи, встановлені судами

23 травня 2020 року у смт. Теофіполь між ОСОБА_2 та ОСОБА_1 укладено договір позики (поворотної фінансової допомоги), відповідно до якого ОСОБА_2 надав ОСОБА_1 поворотну фінансову допомогу в сумі 446 300 грн, яку ОСОБА_1 зобов'язується повернути до 10 жовтня 2020 року (а. с. 8).

Постановою Летичівського районного суду Хмельницької області від 14 травня 2020 року у справі № 678/389/20 ОСОБА_1 визнано винним за статтями, передбаченими 122-4 та 124 КУпАП, за пошкодження вантажу при проїзді під мостом під час керування вантажним автомобілем DAF XF 105460 з номерним знаком НОМЕР_1 з платформою Broshuis з номерним знаком НОМЕР_2 (а. с. 9).

Довіреністю, виданою 24 квітня 2020 року ОСОБА_2 уповноважив ОСОБА_3 представляти його інтереси як фізичної-особи підприємця в будь-яких установах, підприємствах та організаціях, укладати від його імені як фізичної особи-підприємця всі дозволені законодавством правочини, у тому числі будь-які договори (а. с. 73).

Судами також встановлено і сторонами не заперечувалося, що договір позики від імені ОСОБА_2 на підставі довіреності підписав ОСОБА_3, як власник пошкодженої сівалки і саме він домовлявся про перевезення вантажу, проте не вказавши про це ні в тексті договору, ні в графі підписання договору.

<...>

Мотиви, з яких виходить Верховний Суд, та застосовані норми права
<...> за своїми правовими ознаками договір позики є реальним, одностороннім (оскільки, укладаючи договір, лише одна сторона – позичальник зобов'язується до здійснення дії (до повернення позики), а інша сторона – позикодавець стає кредитором, набуваючи тільки право вимоги), оплатним або безоплатним правочином.

Досліджуючи боргові розписки чи договори позики, суди повинні виявляти справжню правову природу укладеного договору, а також на-

* Витяг із постанови Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 2 листопада 2022 р. у справі № 685/1008/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/107140664>> (дата звернення: 28.11.2022).

давати оцінку всім наявним доказам і залежно від установлених результатів – робити відповідні правові висновки.

До подібних правових висновків дійшла Велика Палата Верховного Суду у постанові від 16 січня 2019 року у справі № 464/3790/16-ц, провадження № 14-465 цс 18.

Аналогічного висновку дійшов Верховний Суд у постанові від 16 січня 2019 року у справі № 388/1354/17-ц (провадження № 61-45859св18), у якому зазначено, що письмова форма договору позики унаслідок його реального характеру є доказом не лише факту укладання договору, але й факту передачі грошової суми позичальнику.

Відповідно до частини четвертої статті 263 ЦПК України при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду.

У частині першій та пунктах 4, 5 частини третьої статті 175 ЦПК України передбачено, що в позовній заяві позивач викладає свої вимоги щодо предмета спору та їх обґрунтування. Позовна заява повинна містити, зокрема, зміст позовних вимог: спосіб (способи) захисту прав або інтересів, передбачений законом чи договором, або інший спосіб (способи) захисту прав та інтересів, який не суперечить закону і який позивач просить суд визначити у рішенні, та виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги; зазначення доказів, що підтверджують вказані обставини.

Отже, позовна заява обов'язково повинна містити предмет позову та підстави позову. *Предмет позову – це певна матеріально-правова вимога позивача до відповідача, стосовно якої позивач просить прийняти судове рішення, яке опосередковується відповідним способом захисту прав або інтересів. Підстави позову – це обставини, якими позивач обґрунтовує свої вимоги щодо захисту права та охоронюваного законом інтересу. Водночас правові підстави позову – це зазначена в позовній заяві нормативно-правова кваліфікація обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги.*

Таким чином, визначення предмета та підстав спору є правом позивача, у той час як встановлення обґрунтованості позову – обов'язком суду, який виконується під час розгляду справи.

У цивільному процесуальному законодавстві діє принцип “*jura novit curia*” (“суд знає закони”), який полягає в тому, що: 1) суд знає право; 2) суд самостійно здійснює пошук правових норм щодо спору безвідносно до посилання сторін; 3) суд самостійно застосовує право до фактичних обставин спору (*da tibi factum, dabo tibi jus*). Активна роль суду в цивільному процесі проявляється, зокрема, у самостійній кваліфікації судом правової природи відносин між позивачем та відповідачем, виборі і застосуванні

до спірних правовідносин відповідних норм права, повного і всебічного з'ясування обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні.

Апеляційний суд виходив саме із дії вказаного принципу.

Тобто суд, з'ясувавши під час розгляду справи, що сторона або інший учасник судового процесу на обґрунтування своїх вимог або заперечень послався не на ті норми права, що фактично регулюють спірні правовідносини, самостійно здійснює правильну їх правову кваліфікацію та застосовує для прийняття рішення ті норми матеріального і процесуального права, предметом регулювання яких є відповідні правовідносини.

Зазначене узгоджується з правовими висновками Великої Палати Верховного Суду, викладеним, зокрема, у постановках: від 04 грудня 2019 року у справі № 917/1739/17, провадження № 12-161гс19; від 08 червня 2021 року у справі № 662/397/15-ц, провадження № 14-20цс21 та багатьох інших.

Пред'являючи позов про визнання договору позики недійсним, ОСОБА_1 послався на:

- а) положення статей 203, 215, 1051 ЦК України. При цьому заявляв, що
- б) у нього не було вільного волевиявлення на укладення договору позики і
- в) коштів за договором позики він не отримував ні від ОСОБА_3 (хто підписав договір), ні від ОСОБА_2 (від імені кого договір укладено). У зв'язку з цим, позивач зазначав, що
- г) договір позики є неукладеним.

Натомість, суд першої інстанції при ухваленні рішення виходив із положення статті 1053 ЦК України про новацію боргу у позикове зобов'язання, а суд апеляційної інстанції, скасовуючи рішення районного суду та відмовляючи в задоволенні позову, виходив із положень статті 235 ЦК України про удаваність правочину. Обидва суди це здійснили також через призму встановлення/відсутності трудових відносин між позивачем ОСОБА_1 і ОСОБА_4, який, до того ж, не був залучений до участі у справі. Отже, у разі незалучення до участі у справі ОСОБА_4 у судів не було жодних правових підстав встановлювати наявність/відсутність трудових відносин з ним, виходити із положень статті 1172 ЦК України про відповідальність юридичної чи фізичної особи, завданої їхнім працівником.

Як зазначалося вище, принцип *“jura novit curia”* (“суд знає закони”) застосовується у тому випадку, коли позивач обґрунтовує свій позов саме такими обставинами, проте помилково посилається на певні норми права. Але застосування судом цього принципу не є безмежним.

При цьому встановлено, що позивач у позові не посилався: а) ні на новацію боргу у позикове зобов'язання, б) ні на удаваність правочину, в) ні на трудові відносини з ОСОБА_4. Більше того, позивач зазначав, що самостійно заробляє на життя вантажними перевезеннями. А також посилався на те, що з тексту довіреності не вбачається, аби ОСОБА_2 надавав ОСОБА_3 повноваження на вчинення певних юридичних дій, а саме на укладення договору позики та передачу ОСОБА_1 грошових коштів, як і на наступне схвалення такого правочину зі сторони ОСОБА_2. Більше того, без зазначення у самому договорі про це, ОСОБА_3 підписався замість ОСОБА_2, що ОСОБА_3 не заперечується.

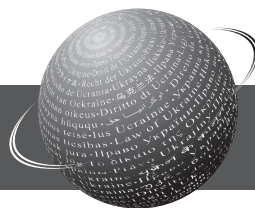
Саме ці обставини, на які посилався позивач, судами взагалі не досліджені, не уточнено у позивача суперечливість позовних вимог: про недійсність правочину (тобто він укладений) і те, що договір позики є неукладеним.

Крім того, у рішенні Європейського суду з прав людини від “Гусев проти України” від 14 січня 2021 року (скарга № 25531/12) було констатовано порушення права на справедливий суд через зміну судом правової кваліфікації позову, що призвело до відмови в його задоволенні. Європейський суд з прав людини вказав на відсутність чітких підстав для зміни правової кваліфікації позову апеляційним судом. До того ж внаслідок перекваліфікації в позові було відмовлено. Заявнику безпідставно не надали можливості подати відповідні докази та аргументи з огляду на зміну правової кваліфікації. Такі дії суду суперечать вимогам статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо: справедливості цивільного провадження; принципу змагальності судового процесу.

Отже, принцип *jura novit curia*, з одного боку, підлягає безумовному застосуванню: суд зобов'язаний застосувати правильні норми права, перекваліфікувавши позов, незалежно від посилань позивача. З іншого боку, перекваліфікуючи позов за цим принципом, суд може порушити право на справедливий суд як щодо відповідача, так і щодо позивача. У таких умовах слід зважати на принцип змагальності та рівності сторін. Сторін не можна позбавляти права на аргументування своєї позиції в умовах нової кваліфікації.

Як позивач, так і відповідач не надавали пояснень та докази ні про новацію боргу у позикове зобов'язання, ні про удаваність правочину, ні про трудові відносини між позивачем ОСОБА_1 і ОСОБА_4, а тому у судів не було правових підстав кваліфікувати спірні правовідносини вказаними вище нормами права, тобто перекваліфікувати правовідносини, з яких виходив сам позивач, обґрунтовуючи свої позовні вимоги.

<...>



ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11
на вебсайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на I півріччя 2023 р. (с. 65)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на вебсайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

11
2022

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красенко*
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 28.11.2022. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 14,95. Обл.-вид. арк. 13,7.
Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у друкарні ТОВ “Вістка”
Україна, 01014, м. Київ, Соловцова Миколи, буд. 2, оф. 38/1,
тел. +380(44) 583-50-94

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7211 від 14.12.2020 р.