

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Є й інші розмежувальні ознаки цих складів.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

З) створити загрозу:

а) для життя інших людей

б) екологічної катастрофи чи

в) настання інших надзвичайних подій більшого масштабу.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Викладене дає підстави для таких висновків:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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