

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ПУБЛІЧНОГО ЗАПЕРЕЧЕННЯ ТИМЧАСОВОЇ ОКУПАЦІЇ ТА ВСТАНОВЛЕННЯ ЗВ'ЯЗКІВ І ВЗАЄМОДІЇ З НЕЗАКОННИМИ ОРГАНАМИ НА ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ

Проаналізовано спробу криміналізації публічного заперечення тимчасової окупації та спробу криміналізації встановлення контактів з незаконними органами на окупованих територіях. Виявлені суттєві недоліки проекту закону, пояснено їх небезпеку з огляду на свободу вираження поглядів та запропоновано шляхи вирішення проблем.

Ключові слова: *колабораціонізм, публічні висловлювання, публічні заперечення, державна зрада, сепаратизм, територіальна цілісність, національна безпека.*

An attempt to criminalize public denial of the temporary occupation and an attempt to criminalize establishing contacts with illegal bodies in the occupied territories are analyzed. The significant shortcomings of the draft law are revealed, their danger is explained taking into account the freedom of speech and the ways of solving the problems are suggested.

Keywords: *collaboration, public statements, public denial, high treason, separatism, territorial integrity, national security.*

Проанализированы попытка криминализации публичного отрицания временной оккупации и попытка криминализации установления контактов с незаконными органами на оккупированных территориях. Выявлены существенные недостатки проекта закона, объяснено их опасность, учитывая свободу слова и предложены пути решения проблем.

Ключевые слова: *колабораціонізм, публічні висловлювання, публічне отрицання, державна зрада, сепаратизм, територіальна цілісність, національна безпека.*

Вступ. Останнім часом у Верховній Раді України зареєстровано низку законопроектів, спрямованих на криміналізацію різних форм колабораційної та небезпечної інформаційної діяльності у зв'язку з триваючим збройним конфліктом міжнародного характеру в Україні та тимчасовою окупацією її територій.

Питання кримінально-правової оцінки колабораційної діяльності залишається малодослідженим, зокрема і з огляду на істотну політичну складову питання, яка відштовхує (чи навіть відлякує) багатьох дослідників. Проте все ж так чи інакше цього питання торкалися, зокрема, О.Ю. Ілларіонов, В.Н. Кубальський та Є.О. Письменський. Загальні судження про межі кримінальної відповідальності за колабораціонізм та небезпечні форми інформаційних діянь були висловлені мною в попередніх публікаціях [2; 3].

Одним із свіжих проектів є проект Закону України «Про внесення змін

до Кримінального кодексу України щодо встановлення відповідальності представників влади за публічне заперечення тимчасової окупації частини території України Російською Федерацією, а також за порушення заборон щодо встановлення зв'язків і взаємодії з незаконними органами (посадовими особами), створеними на тимчасово окупованій території України» (реєстр. № 4087).

Основний зміст. Оцінка діянь, про які йдеться в цьому проєкті, без сумніву, знаходиться на слуху, а тому актуальність не викликає сумнівів. Вітаючи увагу законодавця до цього питання, все ж необхідно констатувати низьку якість, і певною мірою навіть – небезпечність, шляхів досягнення благих намірів. Аналізованим законопроектом пропонується викласти в новій редакції дві статті – 110 і 111 КК, у зв'язку з чим вбачається за можливе висловити свої міркування окремо за відповідними двома напрямками.

1. Щодо статті 110 КК. Указаним проєктом закону пропонується склад посягання на територіальну цілісність і недоторканність України доповнити такими двома самостійними і альтернативними формами об'єктивної сторони, вчинюваними представником влади: 1) публічне заперечення тимчасової окупації частини території України Російською Федерацією; 2) поширення публічних висловлювань, що прямо або опосередковано містять ознаки: а) визнання законності тимчасової окупації Російською Федерацією території України, б) підтримки дій Російської Федерації щодо порушення норм міжнародного права у вигляді посягання на територіальну цілісність України, в) повного або часткового виправдання дій Російської Федерації, спрямованих на окупацію частини території України.

Названі дії носять інформаційну природу та створюють додаткові обмеження передбаченого ст. 34 Конституції України права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ч. 1), право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір (ч. 2). Право на свободу вираження поглядів передбачено також міжнародними договорами, які ратифіковані Верховною Радою України, зокрема ст. 10 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенції) та ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. У цьому зв'язку важливе значення для правильної оцінки будь-яких публічних висловлювань особи має практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), яка відповідно до ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV від 23 лютого 2006 р. визнається джерелом права в Україні.

У ст. 10 Конвенції встановлено, що кожен має право на свободу вираження поглядів. Це право включає свободу дотримуватися своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. ЄСПЛ у своїх рішеннях виходить з того, що зміст конвенційного поняття права на свободу вираження поглядів повинен визначатися з урахуванням стандартів демократичного суспільства. Зокрема, ЄСПЛ неодноразово наголошував, що свобода вираження поглядів являє собою одну з важливих засад демократичного суспільства та одну з базових умов його прогресу та самореалізації кожного. Предмет пункту другого статті 10 Конвенції застосовується не тільки до «інформації» чи «ідей», які були отримані зі згоди чи розглядаються як необразливі чи як малозначущі, *але й до тих, які можуть образити, шокувати чи непокоїти*. Такими є вимоги плюралізму, толерантності та відкритості думок, без чого неможливе «демократичне суспільство». Як передбачено в статті 10, ця свобода має винятки, які, проте, *повинні чітко тлумачитись, та потреба в таких обмеженнях має бути переконливо встановлена*. Подібні правові позиції ЄСПЛ виклав, зокрема, у таких справах, як: «Кастеллс проти Іспанії» від 23 квітня 1992 р., «Об'єднана комуністична партія Туреччини та ін. проти Туреччини» від 30 січня 1998 р., «Соціалістична партія та ін. проти Туреччини» від 25 травня 1998 р., «Партія свободи і демократії проти Туреччини» від 8 грудня 1999, «Ватан проти Росії» від 7 жовтня 2004 р. та ін. [1; 4; 5].

Фактично законопроектом пропонується встановити кримінальну відповідальність за висловлення особистої оцінки певних фактів, яка не співпадає з офіційною, що прямо впливає як із суті пропонованої кримінально-правової заборони, так і з пояснювальної записки до проекту розглядуваного Закону. У демократичних правових державах свобода висловлювань припускає певний ступінь перебільшення чи навіть провокації та можливість розходження з офіційною «державною» позицією. За загальним правилом загроза покарання за висловлення власної оцінки певного факту неодмінно призводить до «охолоджуючого» ефекту на свободу вираження поглядів, зокрема й на журналістську свободу та свободу політичних дебатів, а отже порушує публічний демократичний порядок.

Це вже не перша спроба криміналізувати публічні висловлювання стосовно заперечення, виправдання чи обґрунтування тих чи інших фактів (геноциду, агресії та ін.). Однак варто визнати, що висловлені вище занепокоєння стосовно піклування про свободу вираження поглядів у пропонованому законопроекті суттєво нейтралізуються обмеженням

суб'єктного кола таких злочинних дій, адже суб'єктами пропонується визнавати не будь-яку особу («звичайних громадян»), а виключно представників влади. Введення спеціального суб'єкта кримінального правопорушення у вказаних формах не виглядає свавільним втручанням у свободу вираження.

Згідно ст. 19 Конституції України, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Факт окупації частини території України Російською Федерацією констатований національними судами на рівні обвинувальних вироків за окремими кримінальними провадженнями, а також визначений спеціальними законами України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» (15.04.2014 р.) та «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» (18.01.2018 р). Зважаючи на спеціально-дозвільний режим правового регулювання діяльності представників влади, суворе керівництво ними у своїй діяльності положеннями законів України, а також значне звуження свободи вираження стосовно публічних діячів, *встановлення кримінальної відповідальності за публічне заперечення представниками влади положень законів України і судових рішень, саме собою не викликає серйозних заперечень.*

Разом з тим, реалізація такої ідеї має відбуватися з дотриманням особливостей законодавчої техніки при конструюванні нових складів кримінальних правопорушень. Зважаючи на це, можна висловити такі зауваження і пропозиції:

1) форми злочинної поведінки, які пропонується криміналізувати, не співпадають за змістом та характером суспільної небезпеки з існуючими формами посягання на територіальну цілісність і недоторканність України, передбаченими ч.1 ст.110 КК (вихід – ці дії можна передбачити в окремій статті, напр., в статті 114-2);

2) не є достатньо визначеним (однозначним) використане в пропонованій редакції статті поняття «представник влади». У доктрині кримінального права цим поняттям послуговуються при тлумаченні службової особи як спеціального суб'єкта, яке надане в «морально застарілій» постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26 квітня 2002 р., згідно якої до представників влади належать працівники державних органів та їх апарату, які наділені правом у

межах своєї компетенції висувати вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові до виконання фізичними та юридичними особами, незалежно від їх підлеглості чи відомчої належності. Представник влади – це, як правило, працівник, який перебуває на службі в державних органах, діє від їх імені й у межах своєї компетенції здійснює функції цих органів. Разом з тим, як в теорії, так і в практичній площині, нерідко виникають питання про можливість зарахування до кола представників влади також і представників місцевого самоврядування (сільських, селищних, міських голів, депутатів місцевих рад тощо). Це питання, як правило, вирішується позитивно (вказані суб'єкти визнаються представниками влади). З іншого боку, представниками влади визнаються також і слідчі, державні інспектори та контролери, окремі працівники лісо- та рибоохорони тощо. Тобто представниками влади можуть визнаватися і суб'єкти, публічні висловлювання яких навряд чи несуть в собі загрози заподіяння шкоди основам національної безпеки України. У зв'язку з цим більш вдало було б у примітці надати вичерпний по можливості максимально конкретизований перелік суб'єктів, що охоплюються представником влади.

При цьому слід урахувати, що з кола суб'єктів такого злочину автоматично мають бути виключені народні депутати України у разі здійснення ними висловлювань відповідного змісту в парламенті (та його органах) при здійсненні ними своїх повноважень. Навіть, якщо цього не зазначити в примітці, то в силу вищої сили та прямої дії норм Конституції, їх відповідальність буде виключатися з огляду на ст. 80 Основного Закону – «Народні депутати України не несуть юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання у парламенті та його органах, за винятком відповідальності за образу чи наклеп». Урахування цих положень імовірно суттєво знизить ефект, який очікували автори законопроекту (оскільки його дію спрямовано передусім на політиків), однак депутатський індемнітет є однією із важливих гарантій демократії;

3) санкція за злочинні діяння, що виражаються в публічних висловлюваннях (інформаційних діяннях), є надто суворою. Втручання у свободу вираження поглядів (її обмеження) тільки тоді відповідає практиці ЄСПЛ та іншим міжнародним стандартам, якщо воно не лише було передбачено законом та переслідувало легітимну мету, але й було необхідним у демократичному суспільстві. Легітимна мета – запобігання «заграванню» окремих представників влади з окупантом в умовах продовжуваної агресії – може бути досягнута самою лише потенційною можливістю притягнення до кримінальної відповідальності та, як наслідок, станом судимості. Вступ в силу

обвинувальним вироком, як правило, є підставою дострокового припинення повноважень для представника влади, а судимість виключає можливість перебувати на посадах, пов'язаних зі здійсненням функцій представника влади протягом певного строку. Зважаючи на особливо чутливу сферу – політичні дебати в суспільстві, які піддаються втручанню згідно пропонованого закону, вид та розмір покарання не повинен перетворювати кримінальну політику на інструмент свавілля або помсти. Адекватність покарання за публічне висловлення власної оцінки певного факту (нехай і такого висловлювання, що суперечить закону) – це запорука успішного проходження «трискладового тесту» на правомірність обмеження свободи вираження, використовуваного як ЄСПЛ, так і Конституційним Судом України. Це означає, що в санкції слід передбачити мінімальний за ступенем суворості вид покарання в межах, які дозволяють досягти поставленої мети (зокрема, штраф та позбавлення права обіймати відповідні посади);

4) використані в пропонованій редакції слова «прямо або опосередковано» та «повністю або частково» значно розширюють сферу застосування статті, позбавлені однозначності (чіткості). Не виключено, що «опосередкованість» та «частковість» у реальній практиці стануть інструментом політичних утисків та корупції. Тому необхідно або відмовитися від названих слів або ж з метою гарантування свободи вираження – вказати лише на «пряме заперечення».

2. Щодо статті 111 КК. Проектом закону також пропонується доповнити склад державної зради новою формою об'єктивної сторони – *порушення представником влади заборони щодо встановлення зв'язків і взаємодії з незаконними органами (посадовими особами), створеними на тимчасово окупованій території України.*

В основі пропонованої форми об'єктивної сторони складу державної зради лежить встановлення відповідальності за передбачену законодавством заборону на встановлення зв'язків та взаємодії з незаконними органами і посадовими особами, створеними на тимчасово окупованій території України. Автори законопроекту у пояснювальній записці відсилають до заборони, встановленої ч. 4 ст. 9 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р., згідно якої встановлення зв'язків та взаємодія органів державної влади України, їх посадових осіб, органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб з незаконними органами (посадовими особами), створеними на тимчасово окупованій території, допускається *виключно з метою* забезпечення національних інтересів України, захисту прав

і свобод громадян України виконання міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, сприяння відновленню в межах тимчасово окупованої території конституційного ладу України.

Хоча й цитовані положення спеціального Закону вичерпно перераховують цілі, задля досягнення яких можуть встановлюватися зв'язки і взаємодія, вказані цілі за змістом є достатньо невизначеними (абстрактними). Будь-які контакти з відповідними органами (посадовими особами) завжди можуть виправдовуватися цілями захисту прав і свобод громадян чи забезпечення національних інтересів України (напр., обговорювати визнання Криму законною частиною території Російської Федерації, прикриваючись національними інтересами відновлення економічного співробітництва чи припинення війни або інтересом захисту прав кримчан тощо). Криміналізація порушення певної заборони вимагає деталізацію такої заборони в спеціальному Законі.

Зважаючи на те, що так чи інакше потреба у встановленні зв'язків з незаконно створеними органами і їх посадовими особами буде існувати (напр., щодо обміну полоненими, припинення вогню зі сторони незаконних збройних формувань тощо), законом необхідно передбачити порядок взаємодії з ними. Такий порядок може бути визначений спеціальним Законом хоча б у загальному вигляді – шляхом перерахування суб'єктів, які матимуть на це право, а також суб'єктів, які можуть надавати дозвіл (мандат) на таку взаємодію залежно від того, для яких цілей вона здійснюється (напр., Верховна Рада України, Рада національної безпеки і оборони України, глава держави, голова Служби безпеки України, Міністр оборони України, Міністр внутрішніх справ України). Без цього пропонується норма працювати не буде.

Важливо також, що вичерпний перелік цілей взаємодії, виключно для досягнення яких вона може бути здійснена, встановлено лише Законом «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» (Закон 1207-VII). Іншими словами, згадувана в пропонованій статті заборона стосується тільки окремих тимчасово окупованих територій України (територія АР Крим і м. Севастополя). Натомість Закон України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» (Закон 2268-VIII) подібної заборони не передбачає. Таким чином, деталізація законодавчої заборони та визначення виключного порядку встановлення контакту/взаємодії з незаконно створеними органами та їх посадовими особами мають бути проведені і щодо тимчасово окупованих територій Донецької та Луганської областей.

Таким чином, передусім необхідно нормативно врегулювати (хоча б у загальних рисах) порядок встановлення зв'язків та взаємодії представників влади з незаконно створеними органами і їх посадовими особами.

Далі, оскільки незаконно створені органи і їх посадові особи визнаються Законами 1207-VII та 2268-VIII такими, що контролюються та/або координуються Російською Федерацією, як державою-агресором, то закономірно виникає питання, чому пропонується криміналізувати виключно незаконну (таку, що суперечить встановленим цілям) взаємодію з сателітами агресора, проте залишається правомірною взаємодія з органами та посадовими особами держави-агресора. Однак, перш ніж криміналізувати таку взаємодію необхідно нормативно врегулювати (хоча б у загальних рисах) також і порядок встановлення зв'язків та взаємодії представників влади з органами державної влади Російської Федерації та їх посадовими особами. Таким чином, варто також криміналізувати незаконну взаємодію з органами і посадовими особами держави-агресора (знову ж таки за умови попереднього врегулювання умов правомірності/неправомірності їх учинення на рівні закону).

Нарешті, зміст та характер діянь, що пропонується криміналізувати, істотно відрізняються від існуючих у ст. 111 КК форм державної зради. Державна зрада передбачає цілеспрямовану направленість дій винного на заподіяння шкоди суверенітету і державній безпеці України шляхом переходу на бік ворога, надання допомоги у проведенні підривної діяльності проти України та шпигунства. Натомість пропоноване до криміналізації діяння полягає фактично лише в порушенні заборони (або порядку) взаємодії, яке не завжди означає антидержавну спрямованість винного. Це тягне за собою також і пом'якшення кримінально-правової санкції. Отже, слід виділити пропоновані діяння в окрему статтю та перебачити за них менш суворі покарання, достатні для реалізації превентивної функції.

Висновки. Ураховуючи вищенаведені зауваження, можна запропонувати такий удосконалений варіант криміналізації:

«Стаття 114-2. Публічні заперечення, підтримка або виправдання тимчасової окупації території України Російською Федерацією

Публічне заперечення представником влади тимчасової окупації частини території України Російською Федерацією, а так само поширення ним публічних висловлювань, що прямо визнають законність тимчасової окупації Російською Федерацією території України, виправдовують чи підтримують дії Російської Федерації, спрямовані на окупацію частини території України, -

караються штрафом від однієї тисячі до десяти тисяч

неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі здійсненням функцій представника влади, на строк до трьох років.

Примітка. Представниками влади в статтях 114-2 та (...) є національні публічні діячі, перелік яких визначено в Законі України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», крім народних депутатів України щодо їх висловлювань в парламенті при здійсненні ними своїх повноважень, а також депутати місцевих рад, сільські, селищні, міські голови та старости.

«Стаття 114-3. Встановлення зв'язків і взаємодії з незаконними органами на тимчасово окупованій території України

Порушення представником влади заборони щодо встановлення зв'язків і взаємодії з органами (посадовими особами) держави-агресора або незаконними органами (посадовими особами), створеними на тимчасово окупованій території України, за відсутності ознак більш тяжкого злочину, -

карається штрафом від однієї тисяч до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати посади, пов'язані зі здійсненням функцій представника влади, на строк до трьох років.»

ВИКОРИСТАНІ ДЖЕРЕЛА

1. Избранные решения Европейского суда по правам человека. Ст. 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Ч. 1. Свобода ассоциаций / сост.: К. Баранов, Д. Макаров, А. Юров. М. : Московская Хельсинская группа, 2009. 128 с.
2. Рубашенко М.А. Кримінальна відповідальність за колабораціонізм за чинним КК України. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 12-13 жовт. 2016 р.).* Харків, 2016. С. 328-331.
3. Рубашенко М.А. Публічні заклики як наскрізний кримінально-правовий термін: постановка питання. *Проблеми законності.* 2017. Вип. 138. С. 142-149.
4. Судебная практика Европейского Суда по правам человека по ст. 10 Европейской Конвенции : Т. 1 / под ред. Г. Ю. Араповой. СПб. : Центр защиты прав СМИ, 2004. 320 с.
5. Судебная практика Европейского Суда по правам человека по ст. 10 Европейской Конвенции : Т. 2 / под ред. Г. Ю. Араповой. СПб. : Центр защиты прав СМИ, 2004. 288 с.

Редакційна колегія:

Завідувач кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, доктор теології, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України **Стрельцов Є.Л.**

Завідувач кафедри кримінального права та інших кримінально-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія», доктор юридичних наук, професор **Козаченко О.В.**

Старша викладачка кафедри кримінального права та інших кримінально-правових дисциплін Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія», PhD **Мусиченко О.М.**

*Схвалено та рекомендовано до видання кафедрою кримінального права
та інших кримінально-правових дисциплін
Миколаївського інституту права Національного університету «Одеська юридична академія»
(протокол засідання кафедри № 8/21 від 29 квітня 2021 року)*

**Видання Альманаху наукових праць присвячене пам'яті відомої представниці
української кримінально-правової доктрини, професорці
ДЕНИСОВІЙ ТЕТЯНІ АНДРІЇВНІ**

**Новітні кримінально-правові дослідження – 2021 : Альманах наукових
Н73 праць / за ред. проф. Є.Л. Стрельцова, проф. О.В. Козаченка, PhD
О.М. Мусиченко. – Миколаїв : МП НУ ОЮА, 2021. – 262 с.**

До Альманаху наукових праць увійшли матеріали, які присвячені проблематиці сучасного кримінального права. Автори наукових досліджень, якими виступили як відомі дослідники кримінально-правових проблем, так і молоді науковці, досліджують актуальні питання становлення, сучасного стану і перспектив подальшого розвитку кримінального права України, пропонуючи власні концепти вирішення нагальних проблем, сформованих соціальним викликом сьогодення, одним з яких є активна діяльність по формуванню нового за змістом та формою кримінального закону України.

Видання може викликати зацікавленість вчених, аспірантів і студентів, співробітників судових та правоохоронних органів, державних службовців, а також всіх тих, хто замислюється над проблемами кримінального права та практики його застосування і шукає відповіді на питання, поставлені необхідністю підвищення ефективності кримінально-правового регулювання.

УДК 343.2/.7

*Публікації наведено в авторській редакції з незначними коректорськими правками.
Редакційна колегія не завжди поділяє погляди авторів публікацій.
За достовірність наукового матеріалу, професійного формулювання, фактичних даних,
цитат, власних імен тощо відповідають автори публікацій та їх наукові керівники.*

© Миколаївський інститут права Національного університету
«Одеська юридична академія»
© ГО «Всеукраїнська асоціація кримінального права»