

*Євдокімова О. В.,
к.ю.н., доцент,
доцентка кафедри кримінального права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ПРОБЛЕМИ ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ПРИЗНАЧЕННЯ У ЗАКОНОТВОРЧОСТІ ТА ПРАВАЗАСТОСОВНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Законом України від 03 березня 2022 р. № 2108-IX Кримінальний кодекс України (далі –КК України) був доповнений новою ст. 111–1, у якій передбачена відповідальність за колабораційну діяльність. Як зазначається у пояснювальній записці, внесення даних змін до КК України було обумовлене необхідністю встановлення справедливого покарання для осіб, які співпрацюють з державою-агресором, а також необхідністю обмеження доступу таких осіб до посад, пов’язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування. Для досягнення постановленої мети законодавець не лише визначив коло діянь, що визнаються колабораційними, а й передбачив за вчинення деяких із них такий вид покарання, як позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Крім того, одночасно з криміналізацією цих діянь, Закон встановив інші межі призначення згаданого виду покарання. Відповідно до нових положень ч. 1 ст. 55 КК України, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне або додаткове покарання за колабораційну діяльність може призначатися на строк від десяти до п’ятнадцяти років.

Безумовно, не можна не погодитися з ініціаторами криміналізації колабораційної діяльності у тому, що колабораціонізм як явище підриває національну безпеку України, становить безпосередню загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності, конституційному ладу та іншим національним інтересам України, а особи, причетні до здійснення колабораціонізму, – можуть продовжувати претендувати на високі посади в державі та впливати на формування державної політики чи інформаційного простору України. У зв’язку з цим держава мала віднайти та встановити дієвий механізм протидії даному негативному явищу. І таким механізмом, на думку законодавця, мало б стати покарання у виді позбавлення права обіймати певні або займатися певною діяльністю. Проте обраний законодавцем підхід до правового регулювання кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність викликає певні зауваження.

По-перше, у ч.1 ст. 111–1 КК України передбачена відповідальність за 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. За це діяння санкція ч. 1 ст. 111–1 КК передбачає лише один вид основного покарання – позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Відповідно до ч. 2 ст. 111–1 КК України 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, карається позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років з конфіскацією майна або без такої.

Виходячи зі змісту положень ч. 2 ст. 12 КК України, діяння, передбачені ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, фактично віднесене законодавцем до кримінальних проступків. Втім, по-перше, це законодавче рішення не узгоджується з назвою розділу I Особливої частини КК «Злочини проти основ національної безпеки України». Зважаючи на назву цього розділу, у ньому мають міститися виключно злочину, але не кримінальні проступки. По-друге, такий підхід не відповідає кримінально-правовій політиці держави щодо кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України. Так, у зв'язку з поширенням фактів посягання на територіальну цілісність та недоторканість України, дія положень ч. 5 ст. 49 КК України щодо застосування давності за злочини проти безпеки миру та людства, була поширена на злочини проти основ національної безпеки України. Згідно приписів ч. 5 ст. 49 КК України давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти основ національної безпеки України, передбачених у статтях 109–114–2 КК України. У той же час визнання діянь, передбачених ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України кримінальними проступками, виключає можливість застосування за їх вчинення ч. 5 ст. 49 КК України. У зв'язку з цим строк давності для них має обчислюватися відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 49 КК України та становитиме 2 роки. У той же час, зважаючи на складнощі, з якими

стискаються правоохоронні та судові органи України в умовах збройної агресії проти нашої країни, сподіватися на те, що протягом двох років з моменту вчинення діянь, передбачених ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, винні особи зможуть зазнати справедливої відповідальності, видається занадто оптимістичним. У свою чергу, вплив строку давності притягнення цих осіб до кримінальної відповідальності за вчинення діянь, передбачених у ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, свідчить про можливість зайняття ними посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування, у найближчому майбутньому, що зводить нанівець прагнення законодавця.

Вихід із ситуації, що склалася, вбачається у внесенні відповідних змін до ч. 5 ст. 49 КК України та назви розділу I Особливої частини КК України, шляхом заміни поняття «злочини» на «кримінальні правопорушення».

По-друге, законодавчим недоліком слід вважати і зміст санкції ч. 2 ст. 111–1 КК України, у якій простежується ігнорування законодавцем системних зв'язків між положеннями статей Загальної та Особливої частин КК України. Санкція за дане діяння передбачає конфіскацію майна. Втім, як уже відзначалося, ч. 2 ст. 111–1 КК України передбачає кримінальний проступок проти основ національної безпеки. У той же час, відповідно до ч. 2 ст. 59 КК України конфіскація майна встановлюється за тяжкі та особливо тяжкі корисливі злочини, а також за *злочини* проти основ національної безпеки України та громадської безпеки незалежно від ступеня їх тяжкості. Як на цьому неодноразово наголошував Верховний Суд у своїх рішеннях, норми Особливої частини КК України мають базуватися на нормах Загальної частини КК України, про що безпосередньо свідчать приписи ст. 65 КК України. Тобто при призначенні покарання суд має виходити не тільки з меж караності діяння, встановлених у відповідній санкції статті Особливої частини КК України, а й з тих норм Загальної частини КК України, в яких регламентуються, у тому числі, порядок та особливості застосування окремих видів покарання. У свою чергу, вказівка у ч. 2 ст. 59 КК України на можливість призначення конфіскації майна за діяння проти основ національної безпеки України, які належать виключно до категорії злочинів, унеможлиблює її застосування у разі засудження за ч. 2 ст. 111–1 КК України, яка передбачає кримінальний проступок. Отже, незважаючи на те, що санкція ч. 2 ст. 111–1 КК України передбачає конфіскацію майна, суд не зможе призначити це додаткове покарання, зважаючи на вимоги ч. 2 ст. 59 КК України.

До речі, схожа ситуація простежується і в іншій санкції, а саме ч. 2 ст. 201–2 КК України, яка закріплює покарання за незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв

або безоплатної допомоги. Діяння, передбачене ч. 2 ст. 201–2 КК України, є нетяжким злочином. Втім, у разі засудження за 2 ст. 201–2 КК України, суд також не зможе призначити конфіскацію майна, бо незважаючи на те, що ця стаття передбачає нетяжкий злочин, проте він спрямований проти відносин у сфері господарської діяльності, а не проти основ національної безпеки України або громадської безпеки, за вчинення яких конфіскація майна призначається незалежно від їх ступеня тяжкості. За інші злочини конфіскація майна може встановлюватися лише, якщо вони є тяжкими або особливо тяжкими.

Таким чином, до внесення відповідних змін до ч. 2 ст. 59 КК України або санкцій ч. 2 ст. 111–1 та ч. 2 ст. 201–2 КК України, конфіскація майна, незважаючи на те, що вона передбачена у цих санкціях, не може бути призначена.

По-третє, діяння, зазначене у ч. 1 ст. 111–1 КК України, карається позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років. Проте особливість правообмежень, які утворюють зміст даного цього покарання, полягає у тому, що вони спрямовані на позбавлення реально існуючого, наявного суб'єктивного права на певну посаду або здійснення певного виду діяльності. Реалізація цих правообмежень відбувається шляхом звільнення з посади, яку винний обіймав на момент вчинення кримінального правопорушення, або шляхом анулювання дозволу на зайняття певним видом діяльності, яку винний здійснював на цей момент (статті 32, 33 Кримінально-виконавчого кодексу України). Таким чином, це покарання полягає в обмеженні реально існуючого права, а не потенційного, тобто майбутнього. У той же час у пояснювальний записці до законопроекту зазначається, що метою криміналізації колабораційної діяльності є обмеження доступу до зайняття посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування, осіб, які співпрацювали з державою-агресором, її окупаційною адміністрацією та/або її збройними чи воєнізованими формуваннями. Виходячи зі змісту ч. 1 ст. 111–1 КК України, суб'єктом даного кримінального правопорушення є громадянин України, незалежно від того, чи займає він якусь посаду і чи здійснює певний вид діяльності. Публічне заперечення здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України або публічні заклики до підтримки рішень та/або дій держави-агресора тощо, може здійснити не тільки особа, яка займає посади в органах державної влади або місцевого самоврядування. Таке діяння може вчинити й будь-яка інша особа, яка є громадянином України, проте не має жодного відно-

шення до названих сфер діяльності (наприклад, водій, лікар тощо), а також особа, яка на момент вчинення даного кримінального правопорушення перебувала на обліку у центрі зайнятості у пошуках роботи. В останньому випадку суд взагалі не зможе застосувати даний вид покарання, а щодо позбавлення права займатися професійною діяльністю того ж самого лікаря або водія, то обмеження доступу цих осіб до посад, пов'язаних із виконанням функцій держави чи місцевого самоврядування, у такому випадку буде здійснюватися не за рахунок застосування даного виду покарання, а у зв'язку з тим, що протягом всього строку відбування покарання, вони будуть вважатися такими, що мають судимість (п. 2–1 ст. 89 КК України), наявність якої і є перепорою для зайняття посад у цих сферах.

Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 52 КК України позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю належить до так званих «змішаних» видів покарання, тобто таких, які можуть призначатися як основні, та як додаткові. У той же час поділ видів покарань на основні та додаткові пов'язаний з особливостями їх призначення за вчинене кримінальне правопорушення, бо згідно з ч. 4 ст. 52 КК України додаткові покарання, на відміну від основних, можуть призначатися навіть якщо вони не передбачені в санкції статті Особливої частини КК України за вчинене. Звідси, можна зробити висновок, що відмінність позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, як основного покарання, від позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, як додаткового, полягає не тільки у різниці тривалості строків, на які воно може призначатися (ч. 1 ст. 55 КК України), а й у можливості застосування останнього у випадках, якщо в санкції його не передбачено. Що ж стосується правообмежень, які утворюють зміст цього виду покарання, а також інших особливостей його застосування, то вони мають залишатися однаковими, незалежно від порядку його застосування: основне чи додаткове. У той же час, у ч. 2 ст. 55 КК України зазначено, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання може бути призначене у випадках, коли воно не передбачене в санкції статті Особливої частини КК, за умови, що з урахуванням характеру кримінального правопорушення, вчиненого за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю, особи засудженого та інших обставин справи суд визнає за неможливе збереження за ним права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Отже, даний вид покарання як основне або додаткове має застосовуватися, якщо існує тісний зв'язок між кримінальним правопорушенням та посадою або діяльністю винного, тобто кримінальний делікт

вчиняється завдяки займаній посаді або діяльності, яку здійснював винний. У той же час діяння, які передбаченні у ч. 1 ст. 111–1 КК України, можуть не мати безпосереднього зв'язку з посадою або діяльністю винного, у зв'язку з чим застосування даного виду покарання у таких випадках не відповідатиме його змісту.

Інша особливість застосування позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю полягає у тому, що особа позбавляється права на посаду або вид діяльності, які вона обіймала або здійснювала на законних підставах. Отже, як і будь-який інший вид покарання, це покарання полягає в обмеженні законних прав винного, тому воно не поширюється на посади та діяльність, які особа займала або здійснювала всупереч порядку, встановленому законодавством України. У той же час у ч. 2 ст. 111–1 КК України встановлена відповідальність за 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. Звідси, при застосуванні за вчинення діяння, передбаченого ч. 2 ст. 111–1 КК України, покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю нібито відбувається констатація факту, що особа займала дану посаду відповідно до вимог законодавства України, що вочевидь не відповідає дійсності.

Таким чином, вважаю, що встановлення за діяння, передбаченні ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України, покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, є недоцільним та не відповідає меті, внесених змін до КК України.

Уявляється, що для обмеження доступу до посад у сфері державного управління або місцевого самоврядування осіб, винних у колабораційній діяльності, доцільно було звернутися не до кримінально-правових засобів, а норм регулятивного права, які визначають умови для кандидатів на зайняття відповідних посад у цих сферах. Зокрема у Законах України «Про державну службу» (ст. 19), «Про службу в органах місцевого самоврядування» (ст. 12), «Про Національну поліцію» (ст. 61), «Про судоустрій і статус суддів» (ст. 65, 69), «Про прокуратуру» (ст. 27) тощо доцільно було б встановити заборону на зайняття посад протягом певного строку особам, засудженим за колабораційну діяльність. Що ж стосується кримінальної відповідальності цих осіб, то зважаючи на масштабні руйнування критичної інфраструктури, житлового сектору, нестачу трудових ресурсів тощо, як

наслідок збройної агресії проти України, вбачається доцільним розглянути можливість застосування за діяння, передбаченні ч. 1 та 2 ст. 111–1 КК України іншого виду покарання – громадських робіт, щоб винні у колабораційній діяльності шляхом безоплатної суспільно корисної праці спокутували свою провину перед народом України. У цьому разі вбачається доцільним збільшити загальну тривалість цього виду покарання, наприклад, замість максимальних 240 годин (ч. 2 ст. 56 КК України), передбачити, наприклад, що громадські роботи призначаються на строк до 2 років, з обов’язковим відпрацюванням, наприклад, протягом тижня від 20 до 30 годин. При цьому кількість відпрацьованих годин протягом дня може буде різною за погодженням з уповноваженим органом з питань пробації. Негативними наслідками ухилення від виконання громадських робіт може бути як продовження строку покарання на строк невідпрацьованих без поважних причин годин, так і заміна даного виду покарання, на інший більш суворий вид, наприклад, обмеження волі.

*Загиней-Заболотенко З. А.,
д.ю.н., доцент,
начальник відділу єдності правових
позицій
правового управління (ІІІ) Департаменту
аналітичної та правової роботи
Верховного Суду*

ПОЗБАВЛЕННЯ ПРАВА ОБІЙМАТИ ПЕВНІ ПОСАДИ АБО ЗАЙМАТИСЯ ПЕВНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ЯК ОСНОВНЕ ПОКАРАННЯ ЗА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ОСНОВ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ («І ЩУКУ КИНУЛИ – У РІЧКУ»)

Повномасштабна збройна агресія російської федерації, яка розпочалася 24 лютого 2022 року, зумовила зміну парадигми кримінально-правового реагування держави на вчинення, серед іншого, злочинів проти основ національної безпеки України, та торкнулася не лише диспозицій відповідних кримінально-правових норм, а й їх санкцій. Так, згідно з Законами України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» від 3 березня