

Рубашенко М.А.

*доцент, кандидат юридичних наук
доцент кафедри кримінального права,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

НЕПУБЛІЧНІ ВИПРАВДОВУВАННЯ, ВИЗНАННЯ ПРАВОМІРНОЮ, ЗАПЕРЕЧЕННЯ АГРЕСІЇ / ОКУПАЦІЇ (Ст. 436-2 КК) VS. СВОБОДА ВИРАЖЕННЯ ПОГЛЯДІВ

Новий виток агресії з боку Російської Федерації та введення воєнного стану в Україні позначились і на процесах новелізації кримінального законодавства України. 16 березня 2022 року набрав чинності закон, яким КК було доповнено ст. 436-2, що передбачає відповідальність за інформаційні діяння, більшість з яких були криміналізовані вперше. Ідеться про виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України або тимчасової окупації частини території України (чч. 1 і 3 ст. 436-2 КК).

За суттю інформаційні діяння передбачають рух інформації від одних суб'єктів до інших, поширення певних відомостей. Тому їх криміналізація

тісно переплітається з проблемою дотримання гарантій свободи вираження поглядів (ст. 34 Конституції України, ст. 19 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 10 ЄКПЛ). Особливо гострою ця проблематика постає стосовно вираження поглядів та висловлювання думок у політичній сфері, коли мова йде про минуле, теперішнє чи майбутнє держави, оцінку подій та фактів, що відбулись чи відбуваються.

До внесення згаданих змін КК 2001 р. вже передбачав відповідальність за низку висловлювань поглядів та у зв'язку з цим трансляцію відповідних ідей і переконань: публічні заклики до насильницької зміни чи повалення конституційного ладу, захоплення державної влади, зміни меж території України всупереч Конституції, вчинення терористичного акту або дій, що загрожують громадському порядку, жорстокого поводження з тваринами, агресивної війни або розв'язування воєнного конфлікту та геноциду. Можливість та доцільність криміналізації таких дій узагальнено можуть бути зведені до таких аргументів, що також можуть мислитися як критерії криміналізації: а) усі дії, до вчинення яких закликається адресат, тобто *subsequent crimes*, у переважній більшості пов'язані з насильством (напр., ст. 258-2 КК), або ж вони очевидно порушують Конституцію України (напр., ст. 110 КК); б) заклики мають публічний характер, звернені до значного кола осіб; в) висловлювання, які утворюють заклики, не є просто вираженням позиції, вони мають спонукальну (схиляльну) природу, чим вони подібні зі підбурюванням до вчинення кримінального правопорушення. У своїй сукупності ці критерії загалом переконливо справляються зі своїм завданням — обґрунтувати кримінальну відповідальність за публічні заклики.

На противагу цьому, інформаційні діяння, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 436-2 КК, можуть не мати публічного характеру (зокрема, висловлюватись у приватній бесіді двох осіб) та/або не мати схиляльної природи, тобто бути вираженням своєї позиції в чистому («голому») вигляді, без натяку на спонукання когось до вчинення суспільно небезпечних діянь. Разом з тим вони очевидно стосуються таких *subsequent crimes*, зміст яких полягає в незаконному насильстві, примусі, порушенні основоположних норм (агресія, окупація).

Такий стан справ неабияк актуалізує пошук критеріїв обґрунтування криміналізації такого широкого за обсягом втручання держави у свободу вираження поглядів та пошук шляхів нейтралізації потенційного протиправного (у сенсі відповідності правам людини, а не літері закону) втручання як на законодавчому рівні (внесення змін до КК), так і в правозастосуванні (виведення з під меча кримінального правосуддя тих випадків висловлення поглядів, котрі не можуть переслідуватися в демократичному суспільстві, у тому числі у воєнний стан).

Усім правникам відомий трискладовий тест, яким послуговується Страсбурзький Суд при оцінці втручання держави у право особи на свободу вираження. Загалом ЄСПЛ доволі суворий у плані додержання гарантій *freedom of expression*, а межі втручання в сфері питань публічного характеру є вкрай вузькими. За загальним правилом ЄСПЛ вважає, що за відсутності закликів до насильницьких чи інших явно протиправних дій та

за відсутності мови ненависті, діяння не може визнаватися злочинним чи каратися як злочин. Тому відповідальність за сам факт висловлення свого ставлення до історичного факту агресії/окупації, виправдання чи визнання їх правомірними «у чистому вигляді», тобто без схиляння до певних дій інших суб'єктів, може не витримати випробування трискладовим тестом, особливо зважаючи на проблеми передбаченості законом та необхідності в демократичному суспільстві.

Потенційна непередбаченість законом пов'язана з практично невирішуваною колізією, обумовленою дублюванням одних і тих самих норм в різних статтях з різною відповідальністю за вчинення передбачених у них діянь. У ході численних формальних та неформальних зустрічей науковці так і не спромоглися вирішити створений законодавцем ребус, що складається із суміші статей 111-1 і 436-2 КК. Годі очікувати такого вирішення від «звичайних» громадян, яким ці кримінально-правові заборони насамперед були адресовані. Навряд чи особа, навіть зі зверненням до юриста, здатна передбачити, яка з цих статей може бути застосована до нього. То ж у цій частині закон з очевидністю не володіє належними чіткістю та ясністю.

Проблему правової визначеності можна до певної міри нейтралізувати твердженням, що громадянину не зрозуміло лише, яка з двох норм буде застосована в його випадку, однак цілком очевидно, що одна з них буде застосована. У будь-якому випадку передбачене КК обмеження свободи вираження має витримати тест на пропорційність, втручання має бути необхідним у демократичному суспільстві. Має бути переконливо встановлено, що існувала необхідність захистити переслідувані такою криміналізацією цілі за допомогою саме засобів кримінально-правового характеру.

У цьому зв'язку, є принаймні два критерії, які можуть вказувати на протиправність втручання держави в реалізацію права на свободу вираження.

Перший із них — це зміст і характер висловлювань. Якщо вони не мали публічного характеру, були предметом приватної розмови чи листування, позбавлені спрямованості значному колу осіб, і при цьому обрані суб'єктом форми та прийоми висловлювання не можуть бути розцінені як мова ненависті/мова ворожнечі або як такі, що мали своєю ціллю образу честі та гідності, то такі висловлювання навряд чи можуть тягнути кримінальну відповідальність.

Другий — це тяжкість втручання. У санкції ч. 1 ст. 111-1 КК передбачено основне покарання у виді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років. Тобто законодавець вважає ці діяння проступками та навіть не карає штрафом чи позбавленням волі, арештом чи обмеженням волі, котрі, як правило, свідчать про кримінальний характер санкції. Натомість стосовно ст. 436-2 КК м'якість кримінально-правових засобів, як аргумент, не спрацьовує, оскільки вже в ч. 1 передбачено позбавлення волі на строк до 3 років.

Вище викладене вказує на потребу удосконалення кримінального законодавства та потенційно мислиму: 1) декриміналізацію непублічного заперечення, виправдовування, визнання правомірною агресії/окупації в повній мірі чи частково, та 2) пом'якшення санкцій ст. 436-2 КК.

УДК 343.2/.7: 344.22

Редакційна колегія:

*В.Я. Тацій, Ю.А. Пономаренко, Ю.В. Баулін, В.С. Батиргареєва,
В.І. Борисов, Л.М. Демидова, К.А. Новікова, М.В. В'юник,
І.А. Вишневська, А.А. Запорожець, Д.О. Куковинець*

Кримінальне право України перед викликами сучасності і майбуття: яким воно є і яким йому бути : матеріали міжнар. наук. конференції, м. Харків, 21-22 жовт. 2022 р. / редкол.: [В.Я. Тацій, Ю.А. Пономаренко, Ю.В. Баулін та ін. — Харків : Право, 2022. — 352 с.

ISBN 978-966-998-459-3

ISBN 978-966-998-459-3

© Комісія з питань правової реформи при Президентіві України, 2022
© Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2022
© Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса, 2022
© Громадська організація «Всеукраїнська асоціація кримінального права», 2022
© Консультативна місія Європейського Союзу в Україні, 2022