

УДК 343.97

DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2022.2.04>

ЮРІЙ ВОЛОДИМИРОВИЧ ОРЛОВ,

доктор юридичних наук, професор,
Харківський національний університет внутрішніх справ,
кафедра кримінального права і кримінології;

 <https://orcid.org/0000-0003-1981-0794>,
e-mail: orlov1284@ukr.net;

НАТАЛІЯ ОЛЕКСАНДРІВНА ПРІБИТКОВА,

Харківський національний університет внутрішніх справ,
лабораторія з проблем наукового забезпечення правоохоронної
діяльності та якості підготовки кадрів;

 <https://orcid.org/0000-0001-7944-5712>,
e-mail: pno1903@gmail.com

ВІЙНА ТА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА УКРАЇНИ: ВИКЛИКИ І ВІДПОВІДІ

Статтю присвячено характеристиці основних викликів війни для розвитку української суспільства і держави та відповідей на них у сфері формування і реалізації кримінально-правової політики. Надано опис і пояснення основним та опосередкованим загрозам, пов'язаним із повномасштабною збройною агресією РФ проти України. Проаналізовано зміни в законі про кримінальну відповідальність, що відбулися як реакція на вказані загрози у формі криміналізації суспільно небезпечних діянь, а також зміни у практиці застосування кримінально-правових норм про колабораціонізм, пособництво державі-агресору, виправдовування, заперечення збройної агресії проти України, воєнні злочини тощо. Виявлено недоліки цих змін, вади, сформульовано пропозиції щодо їх усунення через удосконалення як на правотворчому, так і правозастосовному рівнях.

Ключові слова: війна, кримінально-правова політика, виклик, відповідь, агресія, воєнний злочин, злочин проти людяності, колабораціонізм.

Оригінальна стаття

ВСТУП. Війна РФ проти України у 2014 р. поставила перед нашою країною низку неординарних викликів як у сфері виконання позитивних зобов'язань щодо забезпечення основоположних прав і свобод (на життя, особисту недоторканність, власність, освіту тощо) наших громадян, так і у сфері збереження державності як такої. У такій ситуації закономірним є питання про формування та реалізацію стратегії захисту від системних загроз воєнно-політичного і пов'язаного з ним характеру. Чільне місце в такій стратегії має посідати кримінально-правова політика, покликана як визначати, підсвічувати сигнальну систему морально-правових орієнтирів, так і приводити у рух механізми примусового підтримання правопорядку, гарантування охорони й захисту життєво важливих благ, прав і свобод громадян, інтересів суспільства та держави, людства загалом від суспільно небезпечних посягань. Водночас навіть побіжний аналіз тих змін, що були внесені до Кримінального кодексу України (далі – КК України) від початку повномасштабного вторгнення РФ, тобто від 24 лютого 2022 р., виявляє істотні про-

блеми у складових кримінально-правового регулювання відносин, що зазнали і зазнають найбільшого впливу факторів воєнного штибу. Це виявляється і у вадах криміналізації, і в недоліках правозастосування, що є похідними від викривлень кримінально-правової політики кризово-воєнного періоду. Їх вивчення є нагальною вимогою часу як передумова для вдосконалення кримінально-правової захищеності відносин, благ, цінностей, що виявилися найбільш уразливими в умовах воєнного стану.

Принагідно зауважимо, що кримінально-правова політика як доктринальний концепт, а також як прикладний інструмент соціального управління віднайшов свою ґрунтовну наукову розробку у працях О. М. Бандурки, Ю. В. Бауліна, Н. Барнса (*N. Barnes*), В. І. Борисова, Х. Каллен (*H. Cullen*), Ф. Кастнера (*Ph. Kastner*), В. М. Кудрявцева, О. М. Литвинова, Н. О. Лопашенко, Ю. І. Ляпунова, М. Метреверса (*M. Matravers*), О. В. Острогляда, П. М. Панченка, С. Рамадані (*S. Ramadan*), С. Річмонда (*S. Richmond*), В. Дж. Снантц (*W. J. Snuntz*), В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна, П. Л. Фріса та ін.

МЕТА І ЗАВДАННЯ ДОСЛІДЖЕННЯ. *Мета* статті – надати системну характеристику змінам, які відбулися у КК України з 24 лютого 2022 р. і спрямовані на реагування на виклики, пов'язані з воєнним станом, визначити їх необхідність, достатність, адекватність. *Завданнями* статті є: 1) опис і пояснення основних викликів для кримінально-правової політики, сформованої від початку повномасштабного вторгнення РФ; 2) опис і пояснення способів та шляхів кримінально-правового реагування (у широкому значенні цієї категорії) на ці виклики; 3) виявлення в них недоліків, формування пропозиції щодо їх усунення.

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ. Філософський рівень методології дослідження кримінально-правової політики в умовах воєнного стану спирається на принципи та закони діалектичного детермінізму (універсального зв'язку, історизму, системності, діалектичного протиріччя, рівноваги), застосування яких дало можливість сформулювати уявлення про стратегічну зорієнтованість кримінально-правової політики воєнного періоду на захист основ національної безпеки, а також міжнародного правопорядку. Оперування методом системно-правового аналізу, герменевтичним методом, а також контент-аналізом (щодо 225 судових вироків за статтями 111, 111-1, 111-2, 114-2, 436-2, 438 КК України), експертними оцінками (опитано 92 працівників органів досудового слідства Національної поліції, 35 працівників прокуратури та 30 слідчих Служби безпеки України у Харківській, Одеській та Запорізькій областях) дозволило виявити й описати наявні проблеми кримінально-правового регулювання суспільних відносин у низці сфер, що піддалися найбільшому негативному впливу від початку повномасштабної війни РФ проти України.

РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ТА ДИСКУСІЯ. Вважається, що кримінально-правова політика є частиною державної політики у сфері протидії злочинності, що здійснюється засобами і методами кримінального права, втілюється в явищах криміналізації та декриміналізації, пеналізації і депеналізації (Фріс, 2005; Фріс, 2016; Тацій, Борисов, Батиргареева, 2013; Barnes, 2017; Cullen, Kastner, Richmond, 2021; Matravers, 2011; Ramadani, Danil, Sabri, 2021; Snuntz, 2001). Певна річ, існує безліч дефінітивних варіацій кримінально-правової політики чи-то з ухилом на широке її розуміння як політики у сфері протидії злочинності, боротьби з нею, чи-то з ухилом на її значення як окремої міжгалузєвої науки та, відповідно, сфери політичної, себто такої,

що генерує та реалізує владу, владарювання як таке, діяльності (Фріс, 2016). Водночас, на нашу думку, немає, по-перше, потреби і достатніх підстав визнавати кримінально-правову політику окремою наукою, а, по-друге, немає підстав для звуження її змісту винятково до криміналізації (декриміналізації), пеналізації (депеналізації) і діяльності, що їх забезпечує. Якщо йдеться про будь-яку правову політику, то вона не має охоплюватись всім механізмом правового регулювання та правового впливу, втілюватись у них. Отже, не лише правотворчість має перебувати у фокусі кримінально-правової політики, а й, щонайменше, правореалізація, правозастосування, а також, як переконливо доводить П. Л. Фріс (2021), ідеологія як вимір, субстрат правової свідомості і культури. Не секрет, що рівень безпосередніх правозастосувачів здатен «поставити хрест» на цілепокладанні умовного законодавця (ініціаторів, розробників проєктів законів про кримінальну відповідальність), адаптуючи, підминаючи практику застосування кримінального закону під власні орієнтири, спроможності, можливості. Саме тому реальна політика не може і не має завершуватись на правотворчому елементі, а сягати правозастосування, зв'язуючись на цьому рівні з іншими компонентами державної політики (освітньої, просвітницької, іншої гуманітарної, кримінологічної тощо). Тому слід підтримати тих учених, які зазначають, що кримінально-правова політика виявляється в нормах законодавства про кримінальну відповідальність, практиці їх застосування (а також реалізації – прим. авт.), рішеннях офіційного тлумачення Конституційним Судом України кримінально-правових норм, постановках Пленуму Верховного Суду з питань застосування судами законодавства про кримінальну відповідальність, судових рішеннях Верховного Суду України стосовно неоднакового застосування норм матеріального права (Борисов, 2012). Сюди ж можна додати і застосування правових позицій Європейського суду з прав людини, втілених у його рішеннях, які мають значення для тлумачення і застосування кримінально-правових норм.

Викладене розуміння кримінально-правової політики дозволяє нам окреслити коло тих викликів (основних, на нашу думку, з них), які перед нею виникли у зв'язку з початком повномасштабної агресії РФ проти України, і, власне, ідентифікувати ці виклики як такі, що стосуються кримінально-правової політики. Це означає, що відповідь на них, зокрема, має забезпечуватись інструментами

цієї політики, у зв'язку з чим вони можуть бути поділені на дві функціональні групи: безпосередньо пов'язані з агресією та опосередковані нею. Далі логіка викладу матеріалу буде такою: опис, стисле пояснення виклику, наявної на нього реакції в межах кримінально-правової політики, характеристика недоліків такої реакції, пропозиції щодо можливих шляхів їх усунення.

1. Безпосередні виклики онтологічного порядку, що визначають загрози фундаментального значення для організації суспільства в державну форму.

1. *Захоплення (тимчасова окупація, анексія) територій* – базовий виклик, що визначає географічні контури соціовітальних меж. Відповіді на цей виклик, які оформлені кримінально-правовою політикою України, можна об'єднати у три групи:

1) виставлення функціональних заслонів здійсненню ефективного контролю країною-агресором на тимчасово окупованих територіях і полегшенню розширення їх зони за рахунок кримінально-правової заборони сприяння діяльності окупаційних сил (ідеться про криміналізацію 3 березня 2022 р. колабораційної діяльності (ст. 111-1 КК України) та 14 квітня 2022 р. – пособництва державі-агресору (ст. 111-2 КК України));

2) забезпечення додаткових гарантій ефективної дії Збройних Сил України щодо відсічі агресії РФ через встановлення 24 березня 2022 р. кримінально-правової заборони несанкціонованого 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, вчиненого в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114-2 КК України)¹;

3) залучення максимального кола осіб (передусім цивільних) до справи відсічі збройної агресії РФ проти України через міжгалузеве продовження концепції Закону України «Про основи національного спротиву» від 16 липня 2021 р. № 1702-IX шляхом доповнення 15 березня 2022 р. переліку обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння новою, зафіксованою у ст. 43-1 КК України, «виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни,

незалежності та територіальної цілісності України»².

Такі кроки законодавця слід визнати зрозумілими, в цілому адекватними, однак недостатніми і такими, що залишаються вразливими до критичного аналізу. Результат останнього дає можливість виділити дві групи недоліків у відповідях кримінально-правової політики України на безпосередні виклики війни: стратегічного і тактичного характеру.

Недоліком стратегічного характеру, що має комплексний зміст, є прогалина або навіть повна відсутність уваги (на рівні доконаного правотворчого продукту) до проблем удосконалення кримінально-правової протидії злочинам агресії в термінології Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – МКС). Засуджуючи агресивну війну, формуючи організаційно-правовий, ресурсний інструментарій відсічі агресії, у кримінально-правовій площині саме агресія випадає. Це не означає, що на національному рівні не відбувається розслідування злочинів, передбачених ст. 437 КК України («Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни»³). Такі розслідування проводяться. Проте це означає те, що абсолютно не використовується в цьому напрямі ресурс міжнародної кримінальної юстиції. Останній, судячи з офіційних матеріалів МКС, а також відомих постанов Верховної Ради України про визнання юрисдикції МКС, звернень 43 країн до Офісу прокурора МКС протягом 1–11 березня 2022 р.⁴, сфокусований на розслідуванні воєнних злочинів, злочинів проти людяності, відбувається перевірка на наявність ознак злочину геноциду. Однак про злочини агресії не йдеться. У міжнародно-правовому вимірі виходить так, що агресивна війна є, агресія як міжнародно-протиправне діяння держави РФ є, а злочину агресії начебто немає.

Про кроки, необхідні для виходу із цієї ситуації, усунення цього недоліку, вже сказано чимало, але ще до початку повномасштабної війни РФ проти України. У сучасних умовах наявні напрацювання варто актуалізувати. Йдеться щонайменше про два заходи:

а) ратифікацію Україною Римського статуту МКС та *Кампальських додатків* до нього. Чинна Конституція України (ч. 6 ст. 124) вже дозволяє це зробити. Без такого кроку міжнародна

¹ Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III // База даних (БД) «Законодавство України» / Верховна Рада (ВР) України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 20.06.2022).

² Там само.

³ Там само.

⁴ Situation in Ukraine // International Criminal Court : сайт. URL: <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (дата звернення: 20.06.2022).

кримінальна юстиція, принаймні у форматі діяльності МКС, щодо злочинів агресії вищих посадових осіб РФ проти України лишатиметься недосяжною. Звісно, існують і певні ризики ратифікації (Gusarov, Orlov, 2021). Однак їх можливо мінімізувати;

б) удосконалення чинної редакції ст. 437 КК України у напрямі її гармонізації з положеннями Римського статуту МКС щодо забезпечення необхідної деталізації й термінологічної синхронізації ознак складу злочину, передбаченого ст. 437 КК України, їх релевантності елементам злочину агресії, зафіксованих у ст. 8 *bis* Римського статуту МКС¹. Перш за все, йдеться про деталізацію ознак об'єктивної сторони, визначення конкретних проявів, які, зокрема, охоплюють використання парамілітарних об'єднань, незаконних збройних формувань, приватних військових компаній у цілях агресії, надання території власної держави для використання збройних сил державою-агресором (актуально щодо Республіки Білорусь) тощо.

Недоліки тактичного (техніко-юридичного і правозастосовного) характеру виявляють себе у значній кількості при аналізі статей 111, 111-1, 111-2 та 436-2 КК України та візуалізуються в численних та не виправданих практичною необхідністю ситуаціях:

а) конкуренції цих кримінально-правових норм за великою кількістю ознак. Найбільш проблематичним є розмежування ч. 1 ст. 111-1 та ст. 436-2 КК України стосовно публічного заперечення громадянином України здійснення збройної агресії проти України, встановлення та утвердження тимчасової окупації частини території України². На практиці підрозділи СБУ і Національної поліції виходять із цього положення, враховуючи лише ознаку публічності, яка чітко передбачена ч. 1 ст. 111-1 КК України. Такий підхід слід визнати практичним, однак таким, що не відповідає задуму, смислу криміналізації вказаних суспільно небезпечних діянь. Крім того, не менше проблем виникає з конкуренцією:

– ч. 4 ст. 111-1 та ст. 111-2 КК України стосовно передачі матеріальних ресурсів неза-

конним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора³;

– ч. 1 ст. 111 та ч. 7 ст. 111-1 КК України щодо переходу на бік ворога громадянина України шляхом зайняття посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, а також добровільної участі громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора⁴. Явних розмежувальних критеріїв тут немає. Як варіант, використовувати ознаку добровільності зайняття посади у колабораційній діяльності та її відсутності в державній зраді (співвідношення норм статей 111 та 111-1 КК України як загальної та спеціальної, як на тому наголошують деякі вчені (Письменський, 2020)). Тобто вийти з допущення, що держава зрада може відбутися й у вимушено добровільний спосіб, при застосуванні примусу, що не виключає кримінальної протиправності діяння. Хоча, на нашу думку, більш виваженим буде підхід запровадження у ст. 111 КК України (на відміну від ст. 111-1 КК України) спеціального суб'єкта, що перебуває під присягою на вірність народові України (військовослужбовці, правоохоронці, судді та ін.) і зраджує цій присязі.

У цьому контексті не можна не звернути увагу і на ту обставину, що законодавець не передбачив ознаку добровільності колабораційних діянь, передбачених у частинах 3 та 4, на відміну від частин 2, 5 і 7 ст. 111-1 КК України, чим створив умови непропорційної кримінальної репресії в системно-правовому її розумінні;

б) невідповідності між назвою Розділу I Особливої частини КК України «Злочини проти основ національної безпеки» та видом кримінальних правопорушень, передбачених частинами 1, 2 ст. 111-1 КК України (колабораційна діяльність), що можуть бути визначені як кримінальні проступки. Звідси постає проблема, на яку вже звертали увагу науковці (Кузнєцов, Сийплові, 2022), щодо можливості розслідувати ці злочини органами Служби безпеки України, у структурі яких не створені підрозділи дізнання, що мають розслідувати кримінальні проступки. Створення окремого структурного підрозділу у Службі безпеки України заради розслідування всього лише

¹ Rome Statute of the International Criminal Court // International Criminal Court : сайт. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (дата звернення: 20.06.2022).

² Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 20.06.2022).

³ Там само.

⁴ Там само.

однієї категорії кримінальних правопорушень видається недоцільним, навіть з економічної точки зору. Варто змінювати положення законодавства;

в) неадекватної санкції ч. 1 ст. 111-1 КК України, що передбачає безальтернативне покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років¹. Як впливає зі здійсненого нами аналізу слідчої та судової практики, наявних у Єдиному державному реєстрі судових рішень вироків за колабораційну діяльність (ч. 1 ст. 111-1 КК України), така санкція абсолютно не корелює з ознаками осіб злочинців, адже абсолютна більшість із них не відповідає ознакам службової особи, не мала на момент притягнення до кримінальної відповідальності жодного стосунку до публічної служби.

Вихід із цієї ситуації вбачається у внесенні змін до санкцій частин 1, 2 ст. 111-1 КК України шляхом запровадження необхідних для визнання таких дій злочинними діапазону штрафу (від 3 до 10 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) або позбавлення волі на строк від 2 до 5 років залежно від суспільної небезпечності відповідних проявів колабораціонізму.

Також до недоліків тактичного характеру щодо відповідей на перший, базовий воєнно-політичний виклик можна віднести і вади конструювання ст. 43-1 КК України. Йдеться про юридичну неможливість дотримання однієї з необхідних умов викладеної в ній обставини, що виключає кримінальну протиправність, а саме забезпечити спрямованість дій щодо спричинення шкоди «особі, яка здійснює агресію». Наголосимо, що використання в ч. 1 ст. 43-1 КК України категорії «особи, які здійснюють агресію» є таким, що не забезпечує можливості досягнення цілей кримінально-правового регулювання, які найвірогідніше переслідував законодавець, створюючи цю норму. Оперування в тексті закону цією нормою очевидно відсилає, в першу чергу, до ст. 437 КК України, а у другу, – до ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. № 1932-XII² задля визначення суб'єктів здійснення агресії, тобто власне тих суб'єктів, яким можна в контексті ст. 43-1 КК

України правомірно спричинити шкоду, аж до позбавлення життя. При цьому не важко з'ясувати, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 437 КК України, тобто тим, хто здійснює агресію, є лише вище військово-політичне керівництво країни-агресора, тобто особи, які здатні приймати рішення про використання збройних сил держави, здійснювати ефективний контроль за яким виконанням. Відповідно ж до положень міжнародного гуманітарного права комбатанти мають міжнародно-правовий імунітет щодо діянь, які входять у зміст агресії, відповідаючи лише за супутні злочини (воєнні, проти людяності – у категоріях Римського статуту МКС). Відтак ст. 43-1 КК України відкрила можливість заподіювати шкоду аж до спричинення смерті вищому військово-політичному керівництву країни-агресора, а не її комбатантам та інших дотичним до них особам (служакам міфічних утворень «ДНР», «ЛНР», приватним військовим компаніям, колаборантам та ін.). Вочевидь, не це лежало в основі законодавчого задуму.

Виправити цю ситуацію можливо звернувши увагу на положення Порядку застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України (затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 10 жовтня 2018 р. № 828), п. 2 якого оперує категорією «особи, причетні до збройної агресії». Під такими особами розуміється особовий склад регулярних з'єднань і підрозділів іноземних держав, підрозділів та спеціальних формувань, підпорядкованих іншим силовим відомствам іноземних держав, іррегулярних незаконних збройних формувань, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих іноземною державою, їх радники та інструктори, а також персонал окупаційної адміністрації іноземної держави (яку становлять її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та підконтрольні іноземній державі самопроголошені органи, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України)³. Аналогічне розуміння

¹ Там само.

² Про оборону України : Закон України від 06.12.1991 № 1932-XI // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12> (дата звернення: 20.06.2022).

³ Про затвердження Порядку застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України : Постанова Кабінету Міністрів України від 10.10.2018 № 828 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL:

цього терміна викладене і в Порядку застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану (затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. № 488)¹, що «розв'язує руки» найбільш широкому колу осіб, зокрема цивільних, задля активної та ефективної участі у відсічі збройної агресії.

Отже, найпростішим шляхом підвищення ефективності норми, передбаченої ст. 43-1 КК України, є внесення до неї змін, спрямованих на заміну категорії «особи, які здійснюють агресію» на «особи, які причетні до агресії», та запровадження нового виду причетності за кримінальним законодавством нашої країни. Зокрема, це легітимізує партизанський рух на тимчасово окупованих територіях та їхні дії щодо «ліквідації» найбільш небезпечних колаборантів, які підпадатимуть під категорію «особи, причетні до агресії».

2. *Убивства, поневолення, виселення, інші масові грубі порушення основоположних прав і свобод людей на тимчасово окупованих територіях* також серед основних викликів війни. І чи не єдиною відповіддю, з точки зору адаптивних змін кримінально-правової політики України, стала криміналізація колабораційної діяльності (ст. 111-1 КК України). Разом із тим очевидними є прогалини щодо:

1) належної, необхідної зміни ст. 438 КК України в напрямі деталізації, диференціації воєнних злочинів, узгодження їх ознак із тими, якими оперує Римський статут МКС, зважаючи на вже здійснювану юрисдикцію цього органу на ситуації по Україні і на зміст принципу компліментарності, а також запитів щодо координації, узгодження спільної діяльності міжнародних та національних слідчих у судових органів. І первинним у цьому аспекті є запит на узгодження термінологічне, юридико-концептуальне і техніко-юридичне.

Справедливості заради варто вказати на те, що в минулому році Верховна Рада України

позитивно проголосувала за Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права (№ 2689)² в аспекті воєнних злочинів. Наголосимо, що цей проект було ухвалено, підписано головою Парламенту та спрямовано на підпис Президентові України ще 7 червня 2021 р. Однак він абсолютно дивовижним чином не був повернений (ветований), не опублікований, не чинний усупереч встановленому порядку набуття чинності законами України. Патова і цілком неправова ситуація, яка склалася у зв'язку із цим законопроектом, суттєво ускладнює можливості підвищення ефективності протидії воєнним злочинам. Цей закон є вкрай необхідним;

2) щодо неврегульованості відносин із питань кримінально-правової заборони низки злочинів проти людяності (в термінології Римського статуту МКС). Серед іншого йдеться про депортації та інші злочини не як загальнокримінальні, а саме як ті, що порушують загальновизнані норми та принципи цивілізованих народів світу (*jus cogens*), тобто посягають на засади людяності, порушують принципи забезпечення етичного мінімуму людського співжиття. За даними Офісу Генерального прокурора, станом на липень 2022 р. розслідується близько 20 000 кримінальних проваджень щодо звинувачень у катуваннях, зґвалтуваннях, убивствах, страти, пов'язаних із війною, а також депортації цивільного населення – десятків тисяч українців, яких вивезли до Росії (Норкінс, 2022). Тому нагальною є спеціальна криміналізація відповідних діянь, що вчиняються в умовах воєнного чи збройного конфлікту, характеризуються масовістю, залученням адміністративного, державного чи квазідержавного ресурсу.

3. *Убивства та руйнування цивільних об'єктів, не зумовлене воєнною необхідністю*, що, на жаль, на сьогодні набуло характеру терору українського народу. І саме остання обставина є вельми проблематичною, адже правозастосовна практика від початку повномасштабного вторгнення РФ в Україну йде шляхом

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-п> (дата звернення: 20.06.2022).

¹ Про затвердження Порядку застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримуванні збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану : Постанова Кабінету Міністрів України від 15.04.2022 № 488 // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-п> (дата звернення: 20.06.2022).

² Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права : від 27.12.2019 № 2689 / ініціатори Д. А. Монастирський, О. С. Бакумов, Г. О. Михайлюк та ін. // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 (дата звернення: 20.06.2022).

кваліфікації подібних дій (ракетні, артилерійські обстріли міст) винятково як воєнних злочинів (ст. 438 КК України). На це вказує і статистика, і зібрані нами експертні оцінки серед слідчих Служби безпеки України. Їх аргументом є те, що ці злочини вчиняються комбатантами, а отже, про жодний тероризм йтися не може. Позиція спірна, оскільки, вважаємо, ключовим розрізненням між терактами та воєнними злочинами є не стільки спеціальний суб'єкт, скільки цілі, які переслідуються винними. Питання більш ґрунтовного їх розмежування з урахуванням сучасної і вельми сумної практики нашої країни – справа окремих досліджень. Тут же наголосимо, що тероризм цілком може *співіснувати* з воєнними злочинами. Тому не або ст. 258, або ст. 438 КК України, а «і», «і». Це – питання зміни правозастосовної практики. Має йтися про конвергенцію антитерористичної та антивоєнної складових кримінально-правової політики.

II. Опосередковані виклики, що постали у зв'язку з війною. Негативні соціально-демографічні, економічні, соціокультурні, психологічні зміни стану суспільного розвитку: міграція, істотне зростання неприродної смертності, передусім серед працездатних чоловіків, руйнація цілих галузей економіки, зниження економічної активності, безробіття, посттравматичні стресові розлади, високий рівень тривожності – далеко не повний перелік вторинних (від війни) викликів, які постали перед українським суспільством. Певна річ, відповідь на них – справа комплексна і далеко не тільки лежить у контурах кримінально-правової політики. З точки зору останньої, відбулося посилення кримінальної відповідальності за низку найбільш поширених загальнокримінальних корисливих правопорушень за критерієм їх учинення в умовах воєнного стану (ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 4 ст. 187 КК України). Не вдаючись до детального аналізу складів цих правопорушень та критеріїв дотримання підстав криміналізації, вкажемо лише на те, що у прагненні до виставлення кримінально-правових заслонів так званому цивільному мародерству законодавець досяг і необґрунтованого істотного зростання репресивності закону про кримінальну відповідальність. У судів, на наше переконання, і до цієї криміналізації було достатньо інструментів для врахування небезпечності вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного стану через ст. 65 КК України. Крім того, простежується непослідовність законодавця, адже ознака воєнного стану не була визнана кваліфікуючою для цілої низки інших корисливих

кримінальних правопорушень: у сфері господарської діяльності, проти доквілля тощо. Отже, вважаємо за доцільне вилучити з указаних субкваліфікованих складів крадіжки, грабежу, розбою ознаки їх учинення в умовах воєнного стану.

Ще однією відповіддю на виклик у сфері інформаційної безпеки та моральності (по суті), спроектований на площину миру і безпеки людства, міжнародного правопорядку, стала криміналізація виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників (ст. 436-2 КК України)¹. Аналіз цієї кримінально-правової норми і практики її застосування свідчить, на нашу думку, про наявність вад концептуального характеру стосовно *порушення конституційного права громадян на свободу думки*. Справа в тому, що чинна редакція ч. 1 ст. 436-2 КК України не містить як обов'язкової такої ознаки суспільно небезпечних дій, як публічність (виправдовування, визнання, заперечення). Тобто висловлення власної думки навіть у *приватній бесіді* (!), зокрема й у пасивній формі (згода із твердженням іншої особи, зокрема виражена у конклюдентних діях – кивок голови, піднятий до гори великий палець руки тощо), або інше пасивне долучення до чиеїсь позиції (виставлення «вподобайки» (той самий палець, але віртуальний) під чіємось постом у соціальній мережі) вже визнається кримінально протиправним. Про це свідчать як наявні вироки, так і зібрані нами експертні оцінки серед слідчих Служби безпеки України. Визнання або заперечення є, вочевидь, висловлюванням, іншим виразом власної думки (принаймні за відсутності ознак публічності і мети пропаганди), а не суспільно небезпечним діянням. Переконані, що репресивні комуно-соціалістичні чи націонал-соціалістичні практики 30-х років минулого століття, переслідування інакдумства як такого – не те, чого потребує держава і суспільство, що бачать себе в родині цивілізованих народів Європи.

ВИСНОВКИ. Підсумовуючи, зауважимо, що проблеми адаптивності кримінально-правової політики України до викликів воєнного часу мають комплексний характер. Викладені ремарки – спроба системного опису і пояснення основних з них. Однак навіть на рівні

¹ Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III // БД «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 20.06.2022).

таких ремарок є очевидною потреба у формуванні концептуального, стратегічного підходу до забезпечення адекватних відповідей загрозам війни інструментами кримінально-правового регулювання, в тому числі і зокрема із залученням можливостей міжнародної кримінальної юстиції. Конче необхідною є ратифікація Україною Римського статуту МКС і Кампальських додатків до нього. Не менш

значущим є вдосконалення внутрішнього законодавства і практики його застосування стосовно протидії колабораціонізму, пособництву державі-агресору, а також воєнним злочинам, злочинам агресії, злочинам проти людяності. Запропоновані в цій роботі шляхи такого вдосконалення варто розглядати не як доконані пропозиції, а як запрошення до наукової дискусії.

СПИСОК БІБЛІОГРАФІЧНИХ ПОСИЛАНЬ

1. Борисов В. І. Сучасна політика держави у сфері боротьби зі злочинністю та її кримінально-правовий напрям. *Право України*. 2012. № 1–2. С. 232–242.
2. Борисов В. І., Фріс П. Л. Засади сучасної кримінально-правової політики України. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2014. Вип. 27. С. 30–38.
3. Кузнецов В. В., Сийплові М. В. Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність як новий виклик сьогодення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету внутрішніх справ. Серія: Право*. 2022. № 70. С. 381–388. DOI: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.70.61>.
4. Письменський Є. О. Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в Україні (кримінально-правові аспекти) : наук. нарис. Сєверодонецьк : СПД Румянцева Г. В., 2020. 121 с.
5. Тацій В. Я., Борисов В. І., Батиргарєєва В. С. Правова доктрина України : у 5 т. Харків : Право, 2013. Т. 5. Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку. 1240 с.
6. Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики : монографія. Івано-Франківськ : Супрун В. П., 2021. 389 с.
7. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. Київ : Атіка, 2005. 329 с.
8. Фріс П. Л. Політика у сфері боротьби зі злочинністю та кримінально-правова політика у системі суспільних наук. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2016. № 31. С. 3–27.
9. Barnes M. Criminal Politics: An Integrated Approach to the Study of Organized Crime, Politics, and Violence. *Perspectives on Politics*. 2017. Vol. 15, Iss. 4. Pp. 967–987. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592717002110>.
10. Cullen H., Kastner Ph., Richmond S. The Politics of International Criminal Law. *BRILL*. 2021. Vol. 2. DOI: https://doi.org/10.1163/9789004372498_002.
11. Gusarov S., Orlov Yu. Ratification of Rome Statute of the International Criminal Court and Elements of Crime Combating Policy in Ukraine: Problems of Harmonization. *Yearbook of Ukrainian Law*. 2021. No. 13. Pp. 404–413.
12. Hladkova Ye., Orlov Yu., Yashchenko A. Realization of the right of rebellion: from the manifestations of democracy to a crime against the State. *Baltic Journal of Economic Studies*. 2018. No. 5, Vol. 4. Pp. 233–239. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-5-233-239>.
13. Hopkins V. Investigators of War Crimes in Ukraine Face Formidable Challenges // *The New York Times* : сайт. 03.06.2022. URL: <https://www.nytimes.com/2022/07/03/world/europe/ukraine-war-crimes-russia.html> (дата звернення: 20.06.2022).
14. Lytvynov O., Orlov Yu., Yashchenko A., Yurtayeva K. Criminogenic risks of irregular migration in conditions of armed conflict in Ukraine. *DIXI*. 2021. Vol. 23, No. 2. DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2021.02.09>.
15. Matravers M. Political Theory and the Criminal Law. *Philosophical Foundations and Criminal Law*. 2011. Vol. 17, No. 10. Pp. 67–82. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199559152.003.000>.
16. Ramadani S., Danil E., Sabri F. Criminal law politics on regulation of criminal actions in Indonesia. *Linguistics and Culture Review*. 2021. Vol. 5. Pp. 1373–1380. DOI: <https://doi.org/10.21744/lingculture.v5nS1.1651>.
17. Snuntz W. J. The Pathological Politics of Criminal Law. *Michigan Law Review*. 2001. Vol. 100, Iss. 3. Pp. 506–600.

Надійшла до редакції: 22.06.2022

ОРЛОВ Ю. В., ПРИБЫТКОВА Н. А. ВОЙНА И УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА УКРАИНЫ: ВЫЗОВЫ И ОТВЕТЫ

Статья посвящена характеристике основных вызовов войны для развития украинского общества и государства, а также ответов на них в сфере формирования и реализации уголовно-правовой политики. Дано описание и объяснение основным и опосредованным

угрозам, связанным с полномасштабной вооруженной агрессией РФ против Украины. Проанализированы изменения в законе об уголовной ответственности, которые произошли как реакция на указанные угрозы в форме криминализации общественно опасных деяний, а также в практике применения уголовно-правовых норм о коллаборационизме, пособничестве государству-агрессору, оправдывании, отрицании вооруженной агрессии против Украины, о военных преступлениях и т.д. Выявлены их недостатки, изъяны, сформулированы предложения по их устранению через усовершенствование как на правотворческом, так и на правоприменительном уровнях.

Ключевые слова: война, уголовно-правовая политика, вызов, ответ, агрессия, военное преступление, преступление против человечности, коллаборационизм.

ORLOV YU. V., PRIBYTKOVA N. O. WAR AND CRIMINAL LAW POLICY OF UKRAINE: CHALLENGES AND RESPONSES

The article is devoted to the characteristics of the main challenges of the war for the development of Ukrainian society and the state and responses to them in the field of criminal law policy formation and implementation. The purpose of the article is to provide a systemic characterization of the changes that have taken place in the Criminal Code of Ukraine since February 24, 2022 and are aimed at responding to challenges related to martial law, as well as determining their necessity, sufficiency, and adequacy.

The empirical basis of the study is made up of the materials of 225 court verdicts for the commission of criminal offenses provided for by Articles 111, 111-1, 111-2, 114-2, 436-2, 438 of the Criminal Code of Ukraine, as well as the results of expert assessments and surveys of 92 employees of pre-trial investigation bodies of the National of the police, 35 employees of the prosecutor's office, 30 investigators of the Security Service of Ukraine in Kharkiv, Odesa and Zaporizhzhia regions. The analysis of these sources made it possible to identify and describe the existing problems of criminal law regulation of social relations in a number of spheres, which have been exposed to the greatest negative influence since the beginning of the full-scale war of the Russian Federation against Ukraine.

A description and explanation of the main and indirect threats associated with the full-scale armed aggression of the Russian Federation against Ukraine is provided. The changes in the law on criminal liability, which occurred as a reaction to the specified threats in the form of criminalization of socially dangerous acts, as well as in the practice of applying criminal law norms on collaborationism, aiding the aggressor state, justification, denial of armed aggression against Ukraine, war crimes, etc., are analyzed. Their shortcomings and defects are identified, proposals are formulated for their elimination through improvement both at the law-making and law-enforcement levels. The need for Ukraine to ratify the Rome Statute of the International Criminal Court and the Kampala annexes to it is emphasized. Equally significant is the improvement of domestic legislation and the practice of its application in relation to countering collaborationism, aiding the aggressor state, as well as war crimes, crimes of aggression, and crimes against humanity.

The inadequacy of the application of norms on war crimes in those cases in which terrorism takes place has been established at the level of a separate scientific and law-enforcement problem. The possibility of the coexistence of the phenomena of terrorism and aggressive war, the presence of signs of war crimes and terrorist acts in the actions of combatants has been proven. The key factor in distinguishing these phenomena should not be the international legal status of the guilty person as a combatant, but the content of the subjective side of the composition of the criminal offense with a significant coincidence of the signs of the objective side of war crimes and terrorist acts.

Key words: war, criminal law policy, challenge, response, aggression, war crime, crime against humanity, collaborationism.

Цитування (ДСТУ 8302:2015): Орлов Ю. В., Прибіткова Н. О. Війна та кримінально-правова політика України: виклики і відповіді. *Право і безпека*. 2022. № 2 (85). С. 39–47. DOI: <https://doi.org/10.32631/pb.2022.2.04>.

Citation (APA): Orlov, Yu. V., & Pribytkova, N. O. (2022). War and criminal law policy of Ukraine: challenges and responses. *Law and Safety*, 2(85), 39–47. <https://doi.org/10.32631/pb.2022.2.04>.