

МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
Харківський національний університет внутрішніх справ
Факультет № 1
Кафедра кримінального права і кримінології

ТЕКСТ ЛЕКЦІЇ

з навчальної дисципліни «Кримінальна юстиція: правові доктрини та принципи правотворчості»
обов'язкових компонент освітньої програми другого (магістерського) рівня вищої освіти

**галузь знань – 08 Право; спеціальність – 081 Право;
спеціалізація – Поліцейські**

за темою «Війна і кримінально-правова політика України: виклики та відповіді»

(4 год.)

Харків 2022

ЗАТВЕРДЖЕНО

Науково-методичною радою
Харківського національного
університету внутрішніх справ
Протокол від 28.11.2022 р. № 11

СХВАЛЕНО

Вченою радою факультету № 1
Протокол від 23.11.2022 р. № 12

ПОГОДЖЕНО

Секцією Науково-методичної ради
ХНУВС з юридичних дисциплін
Протокол 25.11.2022 р. № 11

Розглянуто на спільному засіданні кафедри кримінального права і кримінології та кафедри кримінального процесу та організації досудового слідства факультету № 1 (протокол від 04.11.2022 р. № 14).

Розробник:

Орлов Ю. В. – завідувач кафедри, доктор юридичних наук, професор.

Рецензент:

Харченко В. Б. – завідувач кафедри кримінального права та кримінології факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор.

План лекції

1. Прогнозовані ризики загострення криміногенної обстановки: вплив воєнних та антивоєнних факторів.
2. Кримінально-правова політика України: поняття, зміст, реакція на війну.
3. Проблеми кваліфікації воєнних злочинів, що документуються на деокупованих територіях.
4. Кримінально-правові проблеми визначення правових статусів воюючих учасників збройного конфлікту.

Рекомендована література:

Основна

1. Баранов С. М. Міжнародний досвід та особливості функціонування приватних військових компаній : ретроспективний аналіз. *Інфраструктура ринку*. 2020. № 40. С. 125–128. URL : <https://doi.org/10.32843/infrastructure40-21>.
2. Борисов В. І. Сучасна політика держави у сфері боротьби зі злочинністю та її кримінально-правовий напрям. *Право України*. 2012. № 1–2. С. 232–242.
3. Борисов В. І., Фріс П. Л. Засади сучасної кримінально-правової політики України. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2014. Вип. 27. С. 30–38.
4. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів : Міжнародний документ ООН від 08.06.1977 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text.
5. Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни : Міжнародний документ ООН від 12.08.1949 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення : 01.11.2022).
6. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими : Міжнародний документ ООН від 12.08.1949 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text.
7. Звичаєві норми міжнародного гуманітарного права / Передм. Т. Р. Короткий, Є. В. Лук'янченко ; вступ. стаття М. М. Гнатівський. Одеса : Фенікс, 2017. 40 с.
8. Кузнєцов В. В., Сийпловіч 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>
9. На межі виживання : знищення довілля під час збройного конфлікту на Сході України / А. Б. Блага, І. В. Загороднюк, Т. Р. Короткий, О. А. Мартиненко, М. О. Медведєва, В. В. Пархоменко ; Українська Гельсінська спілка з прав людини. К. : КІТ, 2017. 88 с.

10. Орлов Ю. В. Кримінально-правові проблеми визначення правових статусів воюючих учасників збройного конфлікту // Актуальні проблеми нормативно-правового визначення статусу військовополонених : Міжнар. наук. конф. (м. Київ, 11 листопада 2022 р.) / Національна академія правових наук України, Національна академія внутрішніх справ, Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В.В. Сташиса НАПрН України, Всеукраїнське громадське об'єднання «Пенітенціарна асоціація України». К., 2022.

11. Орлов Ю. В. Надмірна кримінальна репресія як реакція на загрози війни : прояви, шляхи зниження // Кримінальне право України перед викликами сучасності і майбуття: яким воно є і яким йому бути? : Міжнар. наук. конф. (м. Харків, 21–22 жовтня 2022 р.) / Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. Х., 2022.

12. Орлов Ю. В. Прогнозовані ризики загострення кримінологічної обстановки: вплив воєнних та антивоєнних факторів // Вивчення криміногенної ситуації в Україні та прогнозування її подальшої динаміки (вплив воєнних факторів) : науково-практичний круглий стіл (м. Київ, 7 вересня 2022 року) : збірник матеріалів / [редкол. : Вербенський М. Г., Опришко І. В., Кулик О. Г. та ін.]. Київ : ДНДІ МВС України; Харків : Мачулін. - 2022. 214 с. С. 96–100.

13. Орлов Ю. В., Прібиткова Н. О. Війна та кримінально-правова політика України : виклики та відповіді. *Право і безпека*. 2022. № 2 (85). С. 39–47.

14. Орлов Ю. В., Прібиткова Н. О. Проблеми кваліфікації кримінальних правопорушень, пов'язаних з війною, що документуються на деокупованих територіях України. *Право і безпека*. 2022. № 3 (85).

15. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022. URL : <https://www.president.gov.ua/documents/642022-41397>.

16. Про нікчемність актів, що порушують суверенітет та територіальну цілісність України : Указ Президента України від 04.10.2022 р. № 687/2022. URL : <https://www.president.gov.ua/documents/6872022-44289>.

17. Репецький В. М., Лисик В. М. Поняття та ознаки воєнних злочинів. *Альманах міжнародного права*. 2009. Вип. 1. С. 120–125.

18. Фріс П. Л. Ідеологія кримінально-правової політики : монографія. Івано-Франківськ : Супрун В. П., 2021. 389 с.

19. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика Української держави: теоретичні, історичні та правові проблеми. К. : Атіка, 2005. 329 с.

20. Юртаєва К. В. Визначення найманства за законодавством України про кримінальну відповідальність. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2017. № 2 (16). С. 132–140.

Додаткова:

1. Мовчан Р. С. Воєнні новели Кримінального кодексу України: правотворчі та правозастосовні проблеми : монографія. К. : Норма права, 2022. 244 с.
2. Письменський. Є.О. Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в Україні (кримінально-правові аспекти) : наук. нарис. Сєверодонецьк : СПД Румянцева Г.В., 2020. 121 с.
3. Правова доктрина України : у 5 т. Т. 5. Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шляхи розвитку / В. Я. Тацій, В. І. Борисов, В. С. Батиргарєєва. Х. : Право, 2013. 1240 с.
4. 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.
5. Barnes M. Criminal Politics: An Integrated Approach to the Study of Organized Crime, Politics, and Violence. *Perspectives on Politics*. 2017. Vol. 15, Issue 4. P. 967–987. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1537592717002110>
6. Cullen H., Kastner Ph., Richmond S. The Politics of International Criminal Law. *BRILL*. 2021. Vol. 2. P. 1–27. DOI: https://doi.org/10.1163/9789004372498_002.
7. Definition of Aggression : United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14.12.1974. URL : <https://legal.un.org/avl/ha/da/da.html>.
8. 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. № 13. P. 404–413.
9. 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. № 5. Vol. 4. P. 233–239. DOI: <https://doi.org/10.30525/2256-0742/2018-4-5-233-239>.
10. Hopkins V. Investigators of War Crimes in Ukraine Face Formidable Challenges. *The New York Times*. 2022. Jul. 3. URL : <https://www.nytimes.com/2022/07/03/world/europe/ukraine-war-crimes-russia.html>.
11. Kontorovich E. Israel/Palestine – The ICC’s Uncharted Territory. *Journal of International Criminal Justice*. 2013. Vol. 11. Issue 5. P. 979–999. URL : <https://doi.org/10.1093/jicj/mqt070>.
12. Lytvynov O., Orlov Y., Yashchenko A., Yurtayeva K. Criminogenic risks of irregular migration in conditions of armed conflict in Ukraine. *Colombia Universidad Cooperativa de Colombia*. 2021. № 2. Vol. 23. URL : <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/4011/3173>. DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2021.02.09>.
13. Matravers M. Political Theory and the Criminal Law. *Philosophical Foundations and Criminal Law*. 2011. Vol. 17. № 10. P. 67–82. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199559152.003.000>
14. Meron T. War Crimes Law Comes of Age. *American Journal of International Law*. 2017. Vol. 92. Issue 3. P. 462–468. URL : <https://doi.org/10.2307/2997918>.

15. Mireille D.-M.. The Paradigm of the War on Crime: Legitimizing Inhuman Treatment? *Journal of International Criminal Justice*. 2007. Vol. 5. Issue 3. P. 584–598. URL : <https://doi.org/10.1093/jicj/mqm027>_(дата звернення : 10.10.2022).
16. Ramadani S., Danil E., Sabri F. Criminal law politics on regulation of criminal actions in Indonesia. *LingCure*. 2021. Vol. 5. № S1. P. 1373–1380. DOI: <https://doi.org/10.21744/lingcure.v5nS1.1651>
17. Renzo M. Crimes Against Humanity and the Limits of International Criminal Law. *Law and Philos.* 2012. Vol. 31. P. 443–476. URL : <https://doi.org/10.1007/s10982-012-9127-4>_(дата звернення : 10.10.2022).
18. Sadat L. N. Crimes Against Humanity in the Modern Age. *American Journal of International Law*. 2012. Vol. 107, №. 334. URL : <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2013254>.
19. Snuntz W. J. The Patalogical Politics of Criminal Law. *Michigan Law Review*. 2001. Vol. 100. № 3. P. 506–600. URL : https://repository.law.umich.edu/mlr/vol100/iss3/2/?utm_source=repository.law.umich.edu%2Fmlr%2Fvol100%2Fiss3%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.
20. Stahn C. Syria and the Semantics of Intervention, Aggression and Punishment: On ‘Red Lines’ and ‘Blurred Lines’. *Journal of International Criminal Justice*. 2013. Vol. 11, Issue 5. P. 955–977. URL : <https://doi.org/10.1093/jicj/mqt066>.

Інформаційні ресурси в Інтернеті

1. [Офіційний веб-портал Міністерства внутрішніх справ.](#)
2. [Офіційний веб-портал Національної поліції України.](#)
3. [Єдиний державний реєстр судових рішень.](#)
4. [Статистична інформація про стан злочинності.](#)
5. [Національна академія правових наук України.](#)
6. [Вісник Кримінологічної асоціації України.](#)
7. [Офіційний веб-сайт Офісу Генерального прокурора.](#)
8. [Офіційний веб-сайт Служби безпеки України.](#)
9. [Офіційний веб-сайт Державного бюро розслідувань.](#)
10. [Офіційний веб-портал Національного антикорупційного бюро України.](#)
11. [Офіційний веб-портал Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів \(АРМА\).](#)
12. [Офіційний веб-портал Інтерполу.](#)
13. [Офіційний веб-портал Європолу.](#)
14. [Офіційний веб-портал Міжнародного кримінального суду.](#)

1. Прогнозовані ризики загострення криміногенної обстановки: вплив воєнних та антивоєнних факторів

Війна, а надто повномасштабна, – гранична подія як у житті окремої людини, так і суспільства, держави. Вона означає фундаментальні, тектонічні зсуви у засновках соціотворення (актуалізація, переосмислення, перевідкриття ціннісних (блага) та утилітарних засад суспільного договору), а також, можливо, глобальної політико-економічної, безпекової архітектури. Війна для окремої держави – рубікон, за яким колишні конфігурації суспільства і держави принципово неможливі. Або держава зникає, або перероджується через преображення. Втім, цей процес зі всією своєю брутальністю, трагічністю, жертовністю-героїчністю не є заздалегідь визначеним; траєкторії можливого істотно різняться, а метасистемний прогноз розвитку виходить далеко за межі ситуативного підходу, обмежується численними невизначеними перемінними, значним допущенням, ускладненим елементом ірраціонального*. Позаяк зберігається можливість виділити, взяти до увагу, досліджувати ті кримінологічно значущі фактори, що вже відбулися, сформувалися і які дають достатньо підстав для обґрунтованих прогнозів їх впливу на криміногенний потенціал, злочинність.

Принагідно зауважимо, що класична й модерна наукова раціональність завжди тяжіє до намагань систематизувати об'єкт дослідження, його упорядкувати через низку лінійних, аналітично видимих зв'язків. Проте ризоматичний підхід, запроваджуваний постнекласичним типом філософствування, пред'являє інакше бачення, поліфонічну, мережеву модель кримінологічного вивчення, що оперує нелінійними зв'язками, функціональними вузлами, складні заплоти яких візуалізують криміногенні фактори, які в тому числі мають прогностичне значення. Оперування цим підходом, вмонтованим у традиційне для вітчизняної науки кримінологічне вчення про детермінацію злочинності, дає можливість виділити як воєнні, так і антивоєнні (у значенні контрвоєнні) фактори загострення криміногенної обстановки.

Воєнні фактори – ті обставини фізичної (онтологічної, екзистенційної) та соціальної (метафізичної, конструктивістської) дійсності, які безпосередньо та/або опосередковано пов'язані з негативними наслідками розв'язаної росією повномасштабної війни проти України. Таких наслідків та, відповідно, факторів – значна кількість. І їх ґрунтовний аналіз, опис, пояснення потребував би значно більшого дослідницького простору, аніж той, що передбачений масштабом «круглого столу», обміну думками й полемікою тезового формату. Перебуваючи ж в межах останнього наважимося виділити ті з них, які, на наше переконання, можуть вважатися базовими для комплексного кримінологічного прогнозу.

* Ті прогнози, що виходили з раціональних передумов, взагалі не допускали високої вірогідності початку повномасштабної війни РФ проти України, принаймні у 2022 р.

1. Продовження з боку РФ агресивної війни, пов'язаної з широкомасштабними порушеннями міжнародного гуманітарного права, масовим вчиненням воєнних злочинів (ст. 438 КК України). На найближчу перспективу високий ризик вчинення цих злочинів зберігатиметься.

2. Фізичне захоплення та утримання під контролем (тимчасова окупація) частини території України, що є очевидною обставиною широкої віктимізації населення (передусім у форматі проявів дискримінації за політичною, національною ознаками) й не потребує додаткових пояснень.

3. Негативні соціально-демографічні зміни у чисельності та структурі населення України, що пов'язано із: а) відносно масовою загибеллю, бойовим травмуванням захисників (в своїй більшості) й захисниць України; б) загибеллю цивільного населення як у зоні бойових дій, так і у низці інших регіонів України внаслідок вчинення воєнних злочинів; в) виїздом закордон близько 7 млн. громадян України (станом на 15.07.2022 р.), переважно жінок й дітей. Утворився і продовжує загострюватись демографічний дисбаланс, що у довгостроковому віддаленні негативно вплине як на показники макроекономічної стабільності, так і на гуманітарну сферу.

4. Негативні макроекономічні ефекти: 1) зростання внутрішнього та зовнішнього державного боргу через видатки на сектор оборони; 2) руйнація або значна обструкція окремих галузей економіки – металургійної, хімічної промисловості тощо; 3) деурбанізація східного, центрального, південного регіонів України, що проявляється у системному знищенні, пошкодженні об'єктів інфраструктури, житлового фонду, закладів освіти, закладів медичного та соціального забезпечення таких обласних центрів як Харків, Дніпро, Запоріжжя, Миколаїв (а також низки інших відносно великих міст: Сєвєродонецьк, Бахмут, Маріуполь, Енергодар, Нова Каховка, Олешки та ін.), відтоці населення з них, завмирання економічного життя, припинення будь-якого інвестування. Ці ефекти утворюють метасистемний фактор комплексної криміногенної дії. І хоча, як відомо, між економікою і злочинністю прямих зв'язків не існує, тим не менш не можна заперечувати й ту обставину, що ступінь незадоволеності базових економічних потреб населення таки корелює з рівнем загальнокримінальної корисливої, а також агресивно-насильницької злочинності. Це дає підстави для негативного прогнозу щонайменше на коротку та середньострокову перспективу за цими індикаторами. Довгострокова перспектива залежатиме від тривалості війни, масштабів завданої шкоди й успішності реалізації урядових та міжнародних програмних ініціатив з відновлення України.

5. Негативні соціально-психологічні фактори: а) дисфункції інституту сім'ї, дитинства й материнства, пов'язаної з тривалим розривом фізичної дистанції між членами родин через виїзд жінок і дітей закордон; б) психологічні травми (зокрема посттравматичні стресові розлади як у учасників бойових дій, так і інших осіб, які пережили перебування у зоні таких дій), тривожність, неврози, істерії тощо. Ці наслідки, як відомо, є потужними детермінантами і агресії (злочини ненависті, побутова агресивно-насильницька злочинність), і аутоагресії (алкоголізація, наркотизація,

суїцидальність). Тож нарощування агресивно-насильницького криміногенного потенціалу – факт динамічної реальності негативного кримінологічного-прогностичного значення.

В цьому аспекті варто акцентувати і на тому, що виклики онтологічного порядку, детерміновані війною, є екстраординарними, як правило, не очікуваними та, що найголовніше, комплексно травматичними. Глибина травматизації сягає розгалужених пластів колективного безсвідомого. Тож є всі підстави говорити саме про колективну травму Українського народу, що даватиметься взнаки поколіннями. Перш за все через страх повертатися на Батьківщину, укорінюватися, планувати майбутнє дітей (особливо в регіонах, наближених до кордону з росією). Не менш значущими є й ефекти ресентименту, що вбиває творчу енергетику, зациклюючи її на жертвовному статусі й прагненні до його визнання, відплати, помсти. Ресентиментарні політики унеможливають інноваційний суспільний розвиток, формують підґрунтя для зміцнення антидемократичних елементів політичного режиму та, відповідно, широкий спектр детермінант політичної злочинності у контурах популістських квазідемократичних режимів. Післявоєнний мир з високою імовірністю міститиме значні політико-криміногенні ризики, які варто блокувати на випередження. Засоби такого блокування є похідними від розуміння феномену, механізму дії та практик стимулювання ресентименту*.

Антивоєнні криміногенні фактори можуть бути ідентифіковані як у зоні прямого бойового протистояння агресору, так і позабойовими чинниками. Перші об'єктивно пов'язані із суттєвим збільшенням чисельності військовослужбовців в Україні за рахунок мобілізаційних заходів. Це, по-перше, на статистичному рівні збільшує вірогідність вчинення кримінальних правопорушень проти порядку несення військової служби (за 7 місяців 2021 р. цих кримінальних правопорушень зареєстровано 1871 проти 5618 за такий же період 2022 р.). По-друге, збільшення відбувається в умовах воєнного стану та залучення мобілізованих до участі у бойових діях. Це ризики: а) зростання кількості випадків дезертирства (68 випадків дезертирства за 7 місяців 2021 р. проти 1551 випадку за сім місяців 2022 р.); б) вчинення військових злочинів у бойовій обстановці, в тому числі і зокрема з боку командирів; в) імовірним вчинення військовослужбовцями Збройних Сил України воєнних злочинів; г) набуттям психологічних травм внаслідок участі у бойових діях.

Друга група антивоєнних факторів виявляються у вадах реагування держави на війну через різні компоненти кримінально-правової та кримінологічної політик. Окремі з них такі:

1) надмірна кримінальна репресія щодо низки найбільш поширених загальнокримінальних корисливих кримінальних правопорушень за критерієм їх вчинення 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, вкажімо лише на те, що у

* Більш детально кримінологічний аналіз ресентименту представлений у іншій праці автора: Орлов Ю. В. Ресентимент: шлях від жертвовності до злочинності. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2020. № 1 (22). С. 140–151.

прагнення до виставлення кримінально-правових заслонів так званому «цивільному мародерству» законодавець досяг 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. Наслідком же такого посилення відповідальності в подальшому цілком може стати зростання криміногенних загроз призонізації населення;

2) надмірна репресія в частині кримінально-правової заборони 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 КК України). В умовах, коли рф фактично не є і не здатна (через антигуманність, здичавілість, аморальність звичаїв, підходів, принципів адміністрування на тимчасово окупованих територіях) бути гарантом виконання зобов'язань країни-окупанта за міжнародним гуманітарним правом, для України важливо забезпечити можливості для реалізації і захисту прав, свобод, законних інтересів громадян України, які вимушено залишились на тимчасово окупованих територіях. Неприйнятним вважаємо широку *кримінально-правову стигматизацію* населення на тимчасово окупованих територіях лише за ті види діянь, які спрямовані на задоволення мінімальних життєвих потреб та здійснення трудової діяльності, яка об'єктивно не спрямована на шкоду інтересам окремої особи, українського суспільства та нашої держави, миру й безпеки людства, міжнародного правопорядку.

Грунтуючись на даних регулярного моніторингу гуманітарної ситуації на тимчасово окупованих територіях (за матеріалами м. Херсона), виходячи з наявних потреб місцевого населення, доцільно, на нашу думку, визначити відповідні види легальної господарської діяльності у примітці до ст. 111-1 КК України, які б задовольняли *мінімальним стандартам нормальної життєдіяльності* на засадах самоорганізації громадян України у вимушеній взаємодії із вказаними у ч. 4 ст. 111-1 КК України суб'єктами в умовах тимчасової окупації. До них пропонуємо віднести: надання медичних послуг, роздрібна та/або оптова торгівля зареєстрованими в Україні (а також їх фактично доступними аналогами) лікарськими засобами (за наявності ліцензії на продаж лікарських засобів, отриманої в порядку, установленому чинним законодавством України), продуктами харчування, товарами по догляду за тваринами (в тому числі кормами), побутовою хімією, засобами гігієни, нафтопродуктами, газом, запасними частинами й робочими рідинами для транспортних засобів невійськового призначення, апаратами стільникового зв'язку, надання послуг з технічного обслуговування транспортних засобів невійськового призначення, побутового обслуговування громадян (парикмахерські, косметичні салони тощо), надання електронних комунікаційних послуг (послуг з доступу та користування мережею Інтернет), а також оренди майна для здійснення вказаних видів господарської діяльності.

З аналогічних міркувань вважаємо кримінологічно необґрунтованими, криміногенно ризикованими пропозиції криміналізації отримання паспортів держави-агресора на тимчасово окупованих територіях. В тому числі це важливо і в контексті майбутньої деокупації та реалізації перехідного правосуддя. Остання також ще очікує на свою розробку з урахуванням змінених (в порівнянні з періодом до початку повномасштабної агресії) обставин. За основу цілком можуть бути взяті ґрунтовні напрацювання Української Гельсінської спілки з прав людини та Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій. Наразі ж відсутність такої концепції та відповідної програми як інтелектуально та документально завершеного/оформленого факту (прогалина у кримінологічній політиці) може розглядатися як комплексний криміногенний ризик, що додатково обтяжує несприятливий кримінологічний прогноз щодо деокупованих у майбутньому територій.

2. Кримінально-правова політика України: поняття, зміст, реакція на війну

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 недоторканість, власність, освіту тощо) наших громадян, так і 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 і держави, людства загалом від суспільно небезпечних посягань. Водночас навіть побіжний аналіз тих змін, що відбулися у Кримінальному кодексі (далі – КК) України від початку повномасштабного вторгнення РФ, тобто від 24.02.2022 р. виявляє істотні проблеми у складових кримінально-правового регулювання відносин, що зазнали і зазнають найбільшого впливу факторів воєнного штибу. Це проявляється і у вадах криміналізації, і у недоліках правозастосування, що є похідними від викривлень кримінально-правової політики кризово-воєнного періоду. Їх вивчення є нагальною вимогою часу як передумова для удосконалення кримінально-правової захищеності відносин, благ, цінностей, що виявилися найбільш вразливими 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. Ramadani*), С. Річмонда (*S. Richmond*), В. Дж. Снунтц (*W. J. Snuntz*), В. Я. Тація, В. І. Тютюгіна, П. Л. Фріса та ін.

Прийнято вважати, що кримінально-правова політика є частиною державної політики у сфері протидії злочинності, що здійснюється засобами і методами кримінального права, втілюється у явищах криміналізації й декриміналізації, пеналізації й депеналізації (Фріс, 2005; Фріс, 2016; Тацій, Борисов, 2013; Barnes, 2017; Cullen, Kastner, 2021; Matravers, 2011; Ramadani, Danil, 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 міжгалузевої 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, підстав для звуження її змісту виключно до криміналізації (декриміналізації), пеналізації (депеналізації) і діяльності, що їх забезпечує. Якщо йдеться про будь-яку правову політику, то вона не має охоплюватись у всьому механізмі правового регулювання та правового впливу, втілюватись у них. Тож 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 й 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). Відтак, слід підтримати тих вчених, які зазначають, що кримінально-правова політика виражається в нормах законодавства про кримінальну відповідальність, практиці їх застосування (а також реалізації – прим. авторів), 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 з приводу неоднакового застосування норм матеріального права (Борисов, 2013). Сюди ж можна додати й застосування правових позицій Європейського суду з прав людини, втілених у його рішеннях, які мають значення для тлумачення і застосування кримінально-правових норм.

Викладене розумінні 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 в тому числі 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.

I. Безпосередні виклики онтологічного порядку, що визначають загрози фундаментального значення для організації суспільства у державну форму. До них віднесемо такі:

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 дві групи:

1) виставлення функціональних заслонів здійсненню ефективного контролю країною-агресором на тимчасово окупованих територіях та полегшенню розширення їх зони за рахунок кримінально-правової заборони сприянню діяльності окупаційних сил. Йдеться про криміналізацію 03.03.2022 р. колабораційної діяльності (ст. 111-1 КК України) та 14.04.2022 р. – пособництва державі-агресору (ст. 111-2 КК України);

2) забезпечення додаткових гарантій ефективної дії Збройних Сил України щодо відсічі агресії РФ через встановлення 24.03.2022 р. кримінально-правову заборону 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, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114-2 КК України)¹;

3) залучення максимального кола осіб (передусім цивільних осіб) до справи відсічі збройній агресії РФ проти України через міжгалузеве продовження концепції Закону України «Про основи національного спротиву» від 16.07.2021 р. № 1702-IX шляхом доповнення 15.03.2022 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 та тактичного характеру.

Недоліком стратегічного характеру, що має комплексний зміст є прогалина, бо ж навіть повна відсутність уваги (на рівні доконаного правотворчого продукту) до проблем удосконалення кримінально-правової протидії злочинам агресії, у 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 у 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,

¹ Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

² Там само.

³ Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

⁴ Jurisdiction in the general situation : Situation in Ukraine / Investigations ; International Criminal Court. URL : <https://www.icc-cpi.int/ukraine> (дата звернення: 22.07.2022).

сфокусований на розслідуванні воєнних злочинів, злочинів проти людяності, відбувається перевірка на наявність ознак злочину геноциду. Однак про злочини агресії мови не йде. 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 з цієї ситуації, усунення цього недоліку, вже сказано чимало, але сказано ще до початку повномасштабної війни РФ проти України. В сучасних умовах наявні напрацювання варто актуалізувати. Йдеться щонайменше про два заходи:

а) ратифікація Україною Римського статуту МКС *та Кампальських додатків* до нього. Чинна Конституція України (ч. 6 ст. 124) вже дозволяє це зробити. Без такого кроку міжнародна кримінальна юстиція, принаймні у форматі діяльності МКС, щодо злочинів агресії вищих посадових осіб РФ проти України лишатиметься недосяжною. Звісна річ, існують і певні ризики ратифікації (Gusarov, Orlov, 2021). Однак їх можливо мінімізувати;

б) удосконалення чинної редакції ст. 437 КК України у напрямку 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 в тому числі охоплюють використання парамілітарних об'єднань, незаконних збройних формувань, приватних військових компаній в цілях агресії, надання території власної держави для використання збройних сил державою-агресором (актуально щодо Республіки Беларусь) тощо.

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

а) конкуренції цих кримінально-правових норм за великою кількістю ознак. Найбільш проблематичними є розмежування ч. 1 ст. 111-1 та ст. 436-2 КК України в частині 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 з 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 викликає із конкуренцією:

- ч. 4 ст. 111-1 та ст. 111-2 КК України в частині передачі матеріальних ресурсів незаконним збройним чи воєнізованим формуванням, створеним на

¹ Rome Statute of the International Criminal Court / International Criminal Court. URL : <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (дата звернення: 22.07.2022).

² Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

тимчасово окупованій території, та/або збройним чи воєнізованим формуванням держави-агресора¹;

- 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 добровільна участь громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території, та/або в збройних формуваннях держави-агресора². Явних розмежувальних критеріїв тут немає. Як варіант – використання ознаки добровільності зайняття посади у колабораційній діяльності та її відсутності у державній зраді (співвідношення норм статей 111 та 111-1 КК України як загальної та спеціальної, як на тому наголошують окремі вчені (Письменський, 2020)). Тобто вийти з допущення, що держава зрада може відбутися і 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'єкту, що перебуває під присягою на вірність народові України (військовослужбовці, правоохоронці, судді тощо) і зраджує цій присязі.

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

б) невідповідністю між назвою Розділу I Особливої частини КК України «Злочини проти основ національної безпеки», та видом кримінальних правопорушень, передбачених ч.ч. 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 СБУ, у структурі яких не створені підрозділи дізнання, що мають розслідувати кримінальні проступки. А створення окремого структурного підрозділу в СБУ заради розслідування всього лише однієї категорії кримінальних правопорушень видається недоцільним, навіть з економічної точки зору. Варто змінювати положення законодавства;

в) неадекватною санкцією ч. 1 ст. 111-1 КК України, що передбачає безальтернативне покарання у виді позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від десяти до п'ятнадцяти років³. Як впливає зі здійсненого нами аналізу слідчої та судової практики, наявних у Єдиному державному реєстрі судових рішень вироків за колабораційну

¹ Там само.

² Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

³ Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

діяльність (ч.1 ст. 111-1 КК України), така санкція абсолютно не корелює з ознаками осіб злочинців, адже абсолютна більшість з них не відповідає ознакам службової особи, не мала і не момент притягнення до кримінальної відповідальності не мала жодного відношення до публічної служби.

Вихід з цієї ситуації вбачається у внесенні змін до санкцій ч.ч. 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 в залежності від суспільної небезпечності відповідних проявів колабораціонізму.

Також до недоліків тактичного характеру щодо відповідей на перший, базовий воєнно-політичний виклик можна віднести й 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»*. Підкреслимо: використання у ч. 1 ст. 43-1 КК України категорії «особи, які здійснюють агресію» є таким, що не забезпечує можливість досягнення цілей кримінально-правового регулювання, які найвірогідніше переслідував законодавець, створюючи цю норму. Оперування в тексті закону цією нормою зі всією очевидністю відсилає у першу чергу до ст. 437 КК України, а у другу – до ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 06.12.1991 р. № 1932-XII¹ задля визначення суб'єктів здійснення агресії, тобто власне тих суб'єктів, яким можна у контексті ст. 43-1 КК України правомірно спричиняти шкоду, аж до позбавлення життя. При цьому не складе надмірних труднощів з'ясувати, що суб'єктом злочину, передбаченого ст. 437 КК України, тобто тим, хто здійснює агресію, є виключно 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 і інших дотичним до них особам (служак міфічних утворень «ДНР», «ЛНР», приватних військових компаній, колаборантів і т. д.). Вочевидь, не це лежало в основі законодавчого задуму...

Виправити цю ситуацію можливо, звернувши свою 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 10.10.2018 р. № 828), п. 2 якого оперує категорією «особи, причетні до збройної агресії». Під ними розуміється особовий склад

¹ Про оборону України : Закон України від 06.12.1991 р. № 1932-XI. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

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)¹. Аналогічне розуміння цього терміну викладене і у 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 (затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 15.04.2022 р. № 488)², 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. В тому числі це легітимізує партизанський рух на тимчасово окупованих територіях, зокрема їх дії щодо «ліквідації» найбільш небезпечних колаборантів, які підпадатимуть під категорію «особи, причетні до агресії».

2. *Вбивства, 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 з тим очевидною залишається прогалина щодо:

1) належної, необхідної зміни ст. 438 КК України у напрямі деталізації, диференціації воєнних злочинів, узгодження їх ознак з 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 органах. І первинним в цьому аспекті є запит на узгодження термінологічне, юридико-концептуальне й техніко-юридичне.

¹ 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 р. № 828. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-%D0%BF#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

² 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 р. № 488. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/448-2022-%D0%BF#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

Справедливості заради варто вказати на те, що у минулому році Верховною Радою України позитивно проголосовано за проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права (№ 2689)¹ в аспекті воєнних злочинів. Наголосимо: цей закон проголосовано, підписано головою Парламенту та спрямовано на підпис Президентові України ще 07.06.2021 р. Однак він абсолютно дивовижним чином не повернутий (ветований) і не опублікований, не чинний, всупереч встановленому порядку набуття чинності законами України. Патова й цілком неправова ситуація, яка склалася у зв'язку з цим законопроєктом суттєво ускладнює можливості підвищення ефективності протидії воєнним злочинам. Це закон є вкрай необхідним;

2) щодо неурегульованості відносин з питань кримінально-правової заборони низки злочинів проти людяності (у термінології Римського статуту МКС). Серед іншого йдеться про депортації та інші злочини не як загальнокримінальні, а саме як ті, що порушують загальновизнані норми і 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, згвалтуваннях, убивствах, страти, пов'язаних з війною. А також депортації цивільного населення – це десятків тисяч українців, яких вивезли до Росії (Hopkins, 2022). Тож нагальною є спеціальна криміналізація відповідних діянь, що вчиняються в умовах воєнного чи збройного конфлікту, характеризуються масовістю, залученням адміністративного, державного чи квазідержавного, ресурсу.

3. *Вбивства та руйнування цивільних об'єктів, не зумовлене воєнною необхідністю*, що, на жаль на сьогоднішній день набуло характеру терору щодо українського народу. І саме остання обставина є вельми проблематичною, адже правозастосовна практика від початку повномасштабного вторгнення РФ в Україну йде шляхом кваліфікації подібних дій (ракетні, артилерійські обстріли міст) виключно як воєнні злочини (ст. 438 КК України). На це вказує і статистика, і зібрані нами експертні оцінки серед слідчих СБУ. Їх аргументом є те, що ці злочини вчиняються комбатантами, а, отже, про жодний тероризм мови йти 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. Тож, не або ст. 258, або ст. 438 КК України, а «і», «і». Це – питання зміни правозастосовної практики. Має йтися

¹ Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права від 27.12.2019 р. № 2689. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804 (дата звернення: 202.07.2022).

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 перед українським суспільством. Певна річ, відповідь на них – справа комплексна і далеко не тільки лежить у контурах кримінально-правової політики.

З точки ж зору останньої відбулось посилення кримінальної відповідальності за низку найбільш поширених загальнокримінальних корисливих кримінальних правопорушень за критерієм їх вчинення 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 прагнення до виставлення кримінально-правових заслонів так званому «цивільному мародерству», законодавець досяг та 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 докільця тощо. Таким чином, вважаємо за доцільне вилучення із вказаних субкваліфікованих складів крадіжки, грабежу, розбою ознаки їх вчинення в умовах воєнного стану.

Ще однією відповіддю на виклик у сфері інформаційної безпеки та моральності (по суті), спроектований на площину миру й 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 в частині **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* (!), в тому числі й у пасивній формі (згода з твердженням іншої особи, зокрема й виражена у конклюдентних діях – кивок голови, піднятий до гори великий палець руки і т. п.), або інше пасивне долучення до чієїсь позиції (виставлення

¹ Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 22.07.2022).

«вподобайки» (той же палець, але віртуальний) під чиймось постом у соціальній мережі) вже визнається кримінально протиправним. Про це свідчать як наявні вироки, так і зібрані нами експертні оцінки серед слідчих СБУ. Визнання або заперечення – є, вочевидь, висловлюванням, іншим виразом власної думки (принаймні за відсутності ознак публічності і мети пропаганди), а не суспільно небезпечним діянням. Переконані, репресивні комуно-соціалістичні чи націонал-соціалістичні практики 30-х років минулого сторіччя, переслідування інакодумства як такого – не те, чого потребує держава і суспільство, що бачать себе у родині цивілізованих народів Європи. Підсумовуючи це питання, зауважимо, що проблеми адаптивності кримінально-правової політики України щодо викликів воєнного часу мають комплексний характер. Викладені ремарки – спроба системного опису і пояснення основних з них. Але навіть на рівні 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 удосконалення внутрішнього законодавства і практики його застосування в частині протидії колабораціонізму, пособництву державі-агресору, а також воєнним злочинам, а також злочинам агресії, проти людяності. Запропоновані в цій роботі шляхи такого удосконалення варто розглядати не як dokonані пропозиції, а як запрошення до наукової дискусії.

3. Проблеми кваліфікації воєнних злочинів, що документуються на деокупованих територіях

Із закономірним, тенденційним розширенням площ деокупованих територій України з поступовим виходом на міжнародно визнаний державний кордон України, з інтенсифікацією руху деокупації постає не менш закономірне і вельми гостре питання щодо відновлення правової, правоохоронної діяльності на цих територіях. Рух деокупації – умовна категорія, що відображає процес відновлення юрисдикції України на територіях, які були тимчасово окуповані російською федерацією. Певна річ, цей процес – багатогранний і кримінальне правозастосування – лише один з його складників, поруч с воєнно-бойовою, інженерно-технічною, логістичною, гуманітарною та багатьма іншими компонентами. Проте саме від адекватного застосування кримінального закону багато в чому залежить й адекватність відображення картини злочинної діяльності представників країни-агресора на території України. Останнє ж – вимога забезпечення справедливості як в контексті міжнародного кримінального правосуддя, так і національного виміру більш масштабного процесу – перехідного правосуддя. Водночас, як засвідчує практика роботи слідчо-оперативних груп Національної поліції, а також слідчих Служби безпеки України, Державного бюро розслідування України, прокурорів, існують значні розбіжності, неоднаковість, а в низці випадків й некоректність у правозастосовних підходах.

В цьому контексті не зайвим буде зауважити, що *особливості* кримінально-правової кваліфікації виявляються передусім у неординарних умовах застосування закону про кримінальну відповідальність щодо тих суспільно небезпечних діянь, які: а) вчинялися протягом тимчасової окупації, були елементом (інструментом) чи кримінальним фоновим явищем тимчасової окупації, злочинної державної політики російської федерації або пов'язаними з нею абераціями-експесами; б) продовжують вчинятися як реакція на деокупацію та/або продовження ведення агресивної війни і пов'язані з нею злочини. Це є групи тих кримінальних правопорушень, з якими доводиться мати справу силам правопорядку, які заходять на деокуповану територію і розгортають свою юрисдикційну діяльність. Остання супроводжується численними труднощами як організаційного, безпекового, так і інтелектуального характеру, що відбивається на якості правозастосування, перш за все у форматі слідчої діяльності.

Принагідно зауважимо, що проблеми кримінально-правової кваліфікації воєнних злочинів, колабораційної діяльності, пособництва-державі агресору та інших кримінальних правопорушень, пов'язаних з війною, від кінця лютого 2022 р. не тільки стали частіше потрапляти до фокусу наукової уваги, а й стали справжнім мейнстримом з цілком зрозумілих причин. Не можна не відмітити праці М. М. Гнатовського, К. Дьорман (*K. Dörmann*), Н. А. Зелінської, В. В. Кузнецова, С. П. Кучевської, В. О. Миронової, О. Ю. Ілларіонова,

Є. О. Письменського, М. В. Піддубної, В. П. Поповича, В. М. Репецького, М. В. Сийплові, Т. Тейлора (*T. Taylor*) М. І. Хавронюка, В. В. Шаблистого та інших дослідників. Наявні напрацювання мають або фундаментальний характер, стосуються питань міжнародного кримінального права як такого, або споротично висвітлюють ті чи інші аспекти техніко-юридичного характеру, дотримання підстав і принципів криміналізації та пеналізації відповідних суспільно небезпечних діянь, тлумачення юридичних ознак складів кримінальних правопорушень. Водночас рух деокупації територій України, практика роботи слідчо-оперативних груп Національної поліції, прокуратури, Служби безпеки України засвідчують, що ми маємо справу з комплексною, відносно цілісною проблемою кримінально кваліфікації кримінальних правопорушень, пов'язаних з війною, на деокупованих територіях з позицій умовної логіки воєнного часу. Детальніше про цю логіку – далі.

У вступі до цієї лекції ми неодноразово використали недогматичну категорію «кримінальні правопорушення, пов'язані з війною». Зауважимо, що вона є наскрізною щодо структури Особливої частини кримінального кодексу й охоплює низку кримінальних правопорушень (переважно злочинів), які вчинялися протягом тимчасової окупації представниками (складовими) окупаційних сил як щодо військовослужбовців ЗСУ (комбатантів), так і щодо невійськових (некомбатантів) але захищених міжнародним гуманітарним правом категорій осіб (цивільних осіб), а також проти основ національної безпеки України, громадської безпеки, деяких інших об'єктів кримінально-правової охорони. Ясно, що відновлення правопорядку на деокупованих територіях – справа комплексна, охоплює реагування на всі без винятку правопорушення, здійснення іншої юрисдикційної, превентивної, сервісної діяльності. Але варто бути свідомим і того, що сили правопорядку, «заходячи» на деокуповані території одразу після їх звільнення, потрапляють у специфічну реальність, де первинними факторами, що визначають пріоритетну спрямованість службової діяльності, є саме ті, які стосуються фіксації, документування, розслідування як наслідків війни, діяльності окупаційної адміністрації й окупаційних сил, їх пособників і колаборантів, так і документування, розслідування актів триваючої, продовжуваної агресивної війни.

Проведений нами аналіз слідчої практики, експертних оцінок працівників Національної поліції, Служби безпеки України, прокуратури які мали досвід документування, розкриття та розслідування кримінальних правопорушень на деокупованих територіях, процесуального керівництва у них, дозволяє виділити низку проблематичних типових ситуацій, в які потрапляє слідчий і в яких слід приймати рішення про кримінально-правову кваліфікацію діянь.

I. Кримінально-правова кваліфікація артилерійських обстрілів.

Ситуація 1. Артилерійський обстріл за межами населеного пункту або в його межах, але такий, що не спричинив будь-яких суспільно небезпечних

наслідків, фізичної чи майнової шкоди, тобто без людських жертв і руйнувань. Йдеться як про ті обстріли, що відбулися до або в процесі деокупації, так і після, вже по деокупованій території. Зазвичай в таких випадках на місце події вирушає слідчо-оперативна група, яка здійснює документування події, забезпечує вжиття комплексу вибухо-технічних заходів забезпечення безпеки, фіксацію слідової картини, вилучення речових доказів (чи предметів, що не мають значення речових доказів). Але подальша діяльність щодо кримінально-правової кваліфікації та внесення (невнесення) відомостей до Єдиного державного реєстру досудових розслідувань різниться. Так, найпоширенішим варіантом є відмова у початку досудового розслідування на тій підставі, що закони і звичаї війни внаслідок обстрілу не порушені, відтак, ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України, немає. З цим складно посперечатися. Так воно і є.

Інший підхід, який зустрічається рідше, проте таки має місце бути, пов'язаний із кваліфікацією подібних діянь за ч. 1 ст. 438 КК України. Аргументи правозастосувачів на користь цієї позиції, пов'язується здебільшого із: а) усталеністю практики кваліфікації обстрілів як воєнних злочинів; б) неможливістю визначити дійсний намір, спрямованість умислу тих суб'єктів, які здійснювали обстріл та використанням припущення про можливість кримінально протиправного діяння, передбаченого ст. 438 КК України (така собі презумпція винуватості країни-агресора). Гадаємо, цей підхід не потребує детального критичного аналізу. Навіть побіжного погляду достатньо, аби виявити логічну й доктринальну слабкість вказаної аргументації. Зазначимо лише те, що в силу очевидної відсутності безпосередніх суспільно небезпечних наслідків у виді матеріальної чи фізичної школи від конкретного артилерійського обстрілу, що могло б свідчити про можливе порушення цим обстрілом законів і звичаїв війни, одного лише припущення інакшого є недостатнім для констатації кримінального правопорушення передбаченого ст. 438 КК України (поза розумним сумнівом).

Натомість варто акцентувати на тому, що й відмова від початку досудового розслідування за фактами подібних обстрілів через відсутності ознак складу кримінального правопорушення є безпідставним. По-перше, навіть якщо жодної шкоди від обстрілу не було заподіяно загроза настання суспільно небезпечних наслідків була. По-друге, сам факт обстрілу істотно порушує стан громадської безпеки. По-третє, обстріл здійснюється не в ординарних умовах, а в умовах і в контексті війни. Ось перше місце, де ми зустрічаємось із необхідністю застосування логіки війни (або логіки мислення воєнного часу), про яку згадували у вступі. І логіка ця виходить з констатації як юридичного факту наявності триваючого злочину – ведення агресивної війни (агресивна війна як триваючий злочин (Stahn, 2013)), ознаки складу якого передбачені ч. 2 ст. 437 КК України. Певна річ, кожен обстріл – не окремий факт, а епізод триваючого злочину. Документування таких епізодів в межах єдиного кримінального провадження (тобто із обов'язковим внесенням до ЄРДР відомостей про обстріл, початок кримінального провадження за ч. 2

ст. 437 КК України та його об'єднання із «материнським») – є важливою умовою документування і самого злочину агресії, відповідальність за який, відповідно до норм міжнародного кримінального і гуманітарного права (міжнародний імунітет комбатантів), несе виключно вище військово-політичне керівництво держави-агресора. В подальшому ці матеріали серед іншого будуть покладені в основу обвинувачення у форматі міжнародного кримінального правосуддя. Натомість відсутність чи недостатність цих матеріалів через правозастосовні перекоси у бік кваліфікації переважно як воєнних злочинів (Репецький, Лисик, 2009; Maron, 2017) або як не кримінально протиправних діянь фактів обстрілів здатне суттєво послабити позиції обвинувачення.

Ситуація 2. Артилерійський обстріл, що спричинив знищення або пошкодження об'єктів інфраструктури, майна. Тут ситуація залежить від того, які саме об'єкти пошкоджено:

а) пошкоджено чи знищено військовий об'єкт (будівлі, інженерні споруди, що використовуються ЗСУ, Національною гвардією тощо). Поширеним на практиці підходом є документування обстрілу та його наслідків і, водночас, уникнення оцінки вчиненого як злочину. При цьому керуються положенням звичаєвого міжнародного гуманітарного права та положенням п. 11 Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України¹, в якому вказано, що *військові об'єкти вважаються законними цілями для нападу*. Знову ж таки, цілком правильним слід вважати підхід, за якого слідчі не вбачають у обстрілах військових об'єктів складу злочину, передбаченого саме ст. 438 КК України. Виключення, однак, становлять ті випадки, які пов'язані із використанням для атаки на військовий об'єкт заборонених засобів ведення війни, а саме: касетних, вакуумних, фосфорних і подібних їм боєприпасів, що можуть бути визначені як негуманна зброя, застосування якої перебуває під конвенційною заборонаю (зокрема, відповідно до Конвенції ООН про заборону або обмеження використання конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що наносять надмірні пошкодження або мають невибіркову дію², Конвенції ООН про заборону використання касетних боєприпасів тощо). Такі випадки підлягають кваліфікації за ч. 1 ст. 438 КК України, а у випадку загибелі людей, в тому числі й військовослужбовців – за ч. 2 ст. 438 КК України.

В той же час, керуючись вже викладеною нами вище аргументацією, слід вважати, що навіть у мовах використання для атаки на військові об'єкти дозволених міжнародним гуманітарним правом засобів має йти мова про черговий прояв триваючої агресії, а, отже, й про ще один епізод ведення

¹ Про затвердження про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : наказ Міністерства оборони України від 23.03.2017 р. № 164. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text> (дата звернення: 05.10.2022).

² Конвенція ООН про заборону або обмеження використання конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що наносять надмірні пошкодження або мають невибіркову дію : Міжнародний документ ООН від 10.10.1980 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266#Text (дата звернення: 07.10.2022).

агресивної війни (ч. 2 ст. 437 КК України). Тим більше, коли йдеться про загибель військовослужбовців.

б) пошкодження чи знищення майна, що не належить до законних військових цілей (так званого цивільного майна). В подібних ситуаціях зазвичай труднощів не виникає, кваліфікація здійснюється за ч. 1 ст. 438 КК України. Втім, важливо з'ясувати приналежність суб'єкта здійснення обстрілу хоча б у найбільш загальних контурах: «Сили України – сили держави-агресора». Для цього призначається проведення військової експертизи, а на етапі внесення відомостей до ЄРДР, під час огляду місця події – залучення спеціаліста у військовій справі, який здатен буде на первинному етапі визначити напрям, звідки здійснювався обстріл, тип боєприпасу, артилерійську систему тощо.

Тут варто зауважити на тому, що часто встановлення цих обставин є або неможливим через надвисоку інтенсивність й багатонаправленість (з кількох напрямів) обстрілу, потрапляння об'єкту у зону перехресного вогню, перехід території декілька разів «з рук в руки», під контроль різних сторін бойового зіткнення, або надто складним. Типовим прикладом є ситуація зі знищенням транспортного літака АН-225 «Мрія» в ангарі на літовищі у смт. Гостомель Бучанського району Київської області. Слідова картина, що утворилася на місці події, наразі не дає підстави для однозначного й точного військово-експертного висновку про фактор знищення: характер, причину, вибухові чинники, їх походження, напрям, з якого було здійснено вогневе враження і т. д. В таких випадках для правильної кваліфікації діяння не менш важливим за експертний висновок (висновок спеціаліста) є показання свідків, очевидців події, зокрема серед військовослужбовців, місцевих жителів;

в) знищення або пошкодження об'єктів критичної цивільної інфраструктури (дамби, трансформаторні підстанції, тепло-електроцентралі, електростанції, порти тощо) здебільшого кваліфікується за ч. 1 ст. 438 КК України. Альтернативна кваліфікація як диверсії слідчими СБУ відкидаються, керуючись тією самою логікою війни. Респонденти з числа керівників слідчих відділів СБУ зазначили, що диверсія – злочин мирного часу; стан війни зумовлює необхідність кваліфікувати відповідні атаки на об'єкти критичної інфраструктури як прояви війни, зокрема воєнні злочини. Аналогічна позиція фіксується і у деяких доктринальних джерелах (Mireille, 2007). Як видається, така позиція є вразливою до критики. Перш за все тому, що ч. 2 ст. 113 КК України містить таку кваліфікуючу ознаку диверсії, як вчинення цього злочину в умовах воєнного стану. Тому, на нашу думку, слід розмежовувати обстріли критичної цивільної інфраструктури з метою ослаблення українського війська (ускладнення можливостей закріпитися на деокупованій території, загальмувати темп руху деокупації) і з метою ослаблення держави загалом (її обороноздатності, економічного потенціалу, логістики тощо). В першому випадку має йтися про ч. 1 ст. 438 КК України, у другому – про ч. 2 ст. 113 КК України. Слід бути свідомого того, що стан війни не елімінує такий об'єкт кримінально-правової охорони як основи національної безпеки, який до того ж набуває значно більшої вразливості, ніж за ординарних умов.

Ситуація 3. Артилерійський, ракетний обстріл, чи застосування ударних безпілотних літальних апаратів, що спричинило смерть або тілесні ушкодження людини. Здебільшого кваліфікується за ч. 2 ст. 438 КК України. Так само, як і у попередньо описаній ситуації, респонденти з числа слідчих Національної поліції та СБУ відкидають можливість кваліфікації подібних випадків як терористичних актів (а так само як і при знищенні чи пошкодженні об'єктів цивільної інфраструктури, наприклад – при влучанні снаряду/ракети у багатоквартирний житловий будинок), посилаючись на логіку війни, за якою має йтися про воєнні злочини, а не про тероризм. Втім, знову маємо внести деякі корективи й зауважити, що на кваліфікацію впливатиме зміст суб'єктивної сторони вчинюваного, про яку можна судити за сукупністю похідних ознак, додаткових маркерів.

З нашої точки зору, в ситуації, коли має місце обстріл (атака) на цивільних громадян у зоні ведення активних бойових дій та на прилеглій території – в більшості випадків варто вести мову про злочин, передбачений ст. 438 КК України. Такі обстріли дійсно виступають методом ведення війни та спрямовані на зниження можливостей, психологічної готовності місцевого населення підтримувати підрозділи ЗСУ: депопуляція територій й зниження волонтерської, логістичної підтримки, дискредитація значення перебування ЗСУ в населених пунктах чи біля них і т. п. Але в тих випадках, коли йдеться про тероризування місцевого населення, яке жодним безпосереднім функціоналом не пов'язано із українським військом, із забезпечення його спроможностей на конкретній ділянці фронту, зоні ведення бойових дій – варто, на наше переконання, говорити про тероризм. Знову ж таки: стан війни не відмінняє можливості вчинення терактів, не скасовує громадської безпеки як об'єкту кримінально-правової охорони. У терактів інша мета (ч. 1 ст. 258 КК України), інший суб'єктивний зміст суспільно небезпечного діяння, яке з об'єктивної сторони може не відрізнятися від воєнного злочину. *Коли обстріли, зокрема ракетні є передусім політичною акцією (з метою залякування і т. п.), а не чинником суто воєнного характеру, вчинене належить кваліфікувати саме як терористичний акт, а не воєнний злочин.*

До слова, схожої позиції дотримується й низка зарубіжних правників, які досліджують проблеми правової оцінки ракетних обстрілів території Ізраїлю, відмінних від обстрілів воєнного характеру саме за суб'єктивною стороною (Kontorovich, 2012). Ведення агресивної війни цілком може супроводжуватись (і ми це бачимо на прикладі російсько-української війни) терористичними практиками. Так, вони вмонтовуються у метасистему війни. Але при цьому зберігають свою функціональну самостійність (наголосимо, що ця теза не відноситься до симулякрів типу «ДНР» і «ЛНР», які за своєю сутністю є не терористичними організаціями, а формами російської окупаційної адміністрації). За цими ж критеріями слід розмежовувати теракти та диверсії. Навіть якщо удари заподіюються по об'єктах критичної інфраструктури, але такі, що об'єктивно не здатні істотно послабити державу, а мають здебільшого психологічний ефект (паніка, атмосфера страху, тривожності і т. п.), вчинене також належить кваліфікувати за відповідною частиною ст. 258 КК України.

Ситуація 4. Виявлення боєприпасів, що не вибухнули – вибухонебезпечних боєприпасів, в які вставлено запальник, детонатор та які поставлено на звід або в інший спосіб підготовлено до використання й використано у збройному конфлікті. Вони могли бути вистрілені, скинуті, запущені або випущені й повинні були вибухнути, але не вибухнули¹. Підхід, який застосовується у практиці діяльності правоохоронних органів на деокупованих територіях, формується виключно у безпековій площині та обмежується виключно вилученням та/або знешкодженням (знищенням) боєприпасів, що не вибухнули. Зі службово-прикладної точки зору такий підхід цілком функціональний та виправданий. Формально ж можна вести мову щонайменше про злочин, передбачений ч. 2 ст. 437 КК України, – ведення агресивної війни. А якщо відповідні боєприпаси належать до заборонених за міжнародним гуманітарним правом – про порушення законів і звичаїв війни (ч. 1 ст. 438 КК України).

II. Кримінально-правова кваліфікація мінування.

Ситуація 1. Виявлення протитанкових мін. Варто мати на увазі, що використання такої категорії мін не заборонене нормами міжнародного гуманітарного права. Вони не відносяться до заборонених засобів ведення війни (Базов, 2008) Тож про злочин, передбачений ст. 438 КК України не йдеться. Це відображається й на практиці діяльності правоохоронців: розмінування не супроводжується початком кримінального провадження. І така практика є обґрунтованою.

Ситуація 2. Виявлення протипіхотних мін, що так само в переважній більшості випадків залишається без фіксації у необхідній кримінальній процесуальній формі в межах кримінального провадження. Водночас, тут ситуація інакша. Застосування протипіхотних мін заборонено Оттавською конвенцією. Тому їх застосування є порушенням законів війни. Це дає підстави поставити питання про кваліфікацію мінування протипіхотними мінами за ч. 1 ст. 438 КК України, а у випадку загибелі людини від підриву на протипіхотній міні – за ч. 2 ст. 438 КК України. Але критик може слушно зауважити, що російська федерація на ратифікувала згадану Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництво і передачу протипіхотних мін та про їх знищення від 18.09.1997 р. І буде правий. З цього випливає, що на росію не поширюється її дія. Однак це не означає, що вона вільна від міжнародних зобов'язань, що випливають зі міжнародних звичаїв, *jus cogens*, загальних принципів права, прийнятих цивілізованими народами світу. Це ж стосується і міжнародного гуманітарного права. Абсолютно неприпустимою є ситуація, коли одна сторона у війні дотримується цих принципів і конвенційних зобов'язань (Україна), а інша (росія) – ні. І це – ще один аспект логіки війни.

Преамбула вказаної Конвенції недвозначно наголошує на тому, що сама вона, ця Конвенція, є спробою формалізації принципу міжнародного

¹ Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництво і передачу протипіхотних мін та про їх знищення : Міжнародний документ ООН від 18.09.1997 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_379#Text (дата звернення: 07.10.2022).

гуманітарного права, згідно з яким право сторін у збройному конфлікті вибирати методи і засоби ведення війни не є необмеженим, принципу, який забороняє застосування у збройних конфліктах зброї, снарядів та засобів і методів ведення війни, які можуть завдати надмірних ушкоджень або призвести до надмірних страждань, а також принципу, відповідно до якого необхідно проводити розрізнення між цивільними особами і комбатантами¹. Йдеться про неписані принципи, про звичаєве гуманітарне право, від якого країна-агресор не може відмежуватися лише на підставі нератифікації відповідної Конвенції.

Слушною у цьому контексті є думка Т. Р. Короткого, який підкреслює, що не всі держави світу пов'язані зобов'язаннями з договорних норм міжнародного гуманітарного права. Тому важливе значення у міжнародному гуманітарному праві має міжнародно-правовий звичай – у разі універсальності він обов'язковий для всіх держав, всіх суб'єктів, у тому числі недержавних сторін збройного конфлікту. Міжнародний звичай міжнародного гуманітарного права успішно доповнює навіть дуже детальне та розгалужене договірно-правове регулювання (Короткий, Лук'янченко, 2017).

Принагідно також зауважимо, що встановлення так званих «розтяжок» з використанням як вибухового пристрою ручних гранат у буквальному значенні, використаному у вказаній вище конвенції, не вважається протиправним з точки зору Конвенції, адже подібний пристрій не відповідає визначенню «міна». Однак знову й знову варто зважати не те, що міжнародне гуманітарне право складається не тільки із семантично-текстуальних конвенційних конструкцій, а й із конвенцій на рівні звичаєвого права. Гадаємо, що цільове призначення подібних «розтяжок» і характер їх вражаючої дії ідентичні протипіхотним мінам. У зв'язку з цим є, вважаємо, всі підстави для кваліфікації встановлення «розтяжок» як злочинів, передбачених ч. 1 або 2 (у випадку загибелі) ст. 438 КК України за критерієм порушень звичаїв війни. При кваліфікації варто виходити з моделювання охоплення єдиним умислом деякого цілісного акту мінування певного об'єкту: місцевості, споруди, будівлі, приміщення чи навіть населеного пункту (система мінувань будівель, покинутих автомобілів, військової техніки, трупів, іграшок та інших предметів) при відступі ворожих сил. Подібна система дій щодо мінування (а не встановлення кожної окремої міни чи «розтяжки») утворюють одиничний злочин, передбачений ст. 438 КК України.

III. Кримінально-правова кваліфікації заподіяння смерті людині.

Ситуація 1. За результатами ексгумації виявлено місце масового поховання. Як правило, застосовується уніфікований підхід щодо всього місця поховання: оглядаючи кожен труп окремо інформація вноситься до ЄРДР за фактом вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 438 КК України. З нашої точки зору правильним є не уніфікований, а диференційований підхід, який передбачає розмежування випадків заподіяння смерті: а) кожній окремій

¹ Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництво і передачу протипіхотних мін та про їх знищення : Міжнародний документ ООН від 18.09.1997 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_379#Text (дата звернення: 07.10.2022).

людині, що могло статися у різний час, в різних місцях, бути вчиненими різними суб'єктами, не зважаючи на знаходження в одному місця масового поховання; б) некомбатантам та комбатантам. Щодо некомбатантів, з огляду на безпосередні причини смерті, – за ч. 2 ст. 438 КК України з конкретизацією конкретної порушеної норми міжнародного гуманітарного права (конкретної конвенції чи звичаю) в залежності від того, чи сталася смерть через порушення поведінки з цивільним населенням на окупованих територіях чи невибіркового застосування зброї, або ж не обумовленої воєнною необхідністю атакою на цивільні об'єкти тощо; в) комбатантам за критерієм безпосередньої причини смерті – *в ході ведення бойових дій (ч. 2 ст. 437 КК України)*, або внаслідок жорстокого поведінки з військовополоненим (зв'язані руки, ознаки катування і т. п. – ч. 2 ст. 438 КК України).

Ідентичний підхід до кваліфікації заподіяння смерті застосовується і у випадках виявлення поодиноких поховань, а також трупів поза місцями поховань.

Ситуація 2. Виявлення трупу комбатанта країни-агресора. Як засвідчили проведені нами опитування, в подібних випадках не йдеться про запуск механізму кримінального провадження; трупи російських окупантів передаються у місця централізованого зберігання без провадження жодних слідчих дій. Водночас ми не можемо виключати (і це підтверджується практикою), що і російській військовослужбовці можуть ставати жертвами воєнних злочинів. Принципова культурно-цивілізаційна відмінність України від росії не дозволяє нам відмовитись від правового реагування на ці факти, які також підлягають документуванню та належній юридичній оцінці, кримінально-правовій кваліфікації.

Підсумовуючи це питання, зауважимо, виділені та описані ситуації застосування закону про кримінальну відповідальність в частині кримінально-правової кваліфікації діянь, що фіксуються на деокупованих територіях не є вичерпними. Поза увагою залишились варіативні ситуації згвалтувань і сексуального насильства, пов'язаного з війною (щодо цивільних осіб, щодо військовополонених), малодосліджені факти воєнних злочинів проти довілля, а також депортацій, залучення до примусових робіт (зокрема осіб, які потрапили під окупацію, перебуваючи у виправних колоніях, відбуваючи покарання у виді позбавлення волі на певний строк, довічного позбавлення волі) тощо, проблема співвідношення та розмежування воєнних злочинів і злочинів проти людяності. Так само ми не порушували й суперечливі питання кваліфікації державної зради, колабораційної діяльності (коригувальники ворожого вогню, надавачі інформації про місця перебування ветеранів АТО, військовослужбовців тощо), пособництва державі-агресору, виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників та інші. Ці кримінальні правопорушення також вчиняються, фіксуються на деокупованих територіях, однак не складають специфіку руху деокупації й підлягають науковому дослідженню у загальнодоктринальному форматі. Тому викладені в цій лекції узагальнення, пропозиції слід сприймати як первинний крок до систематизації

проблем кримінально-правового характеру, що виникають в контексті руху деокупації, та як запрошення до наукової дискусії, що має бути розгорнута на семінарському занятті.

4. Кримінально-правові проблеми визначення правових статусів воюючих учасників збройного конфлікту

Російсько-українська війна серед низки цивілізаційних, гуманітарних, воєнно-політичних, міжнародно-правових та інших інтелектуальних, метафізичних й цілком онтологічних викликів закономірно і з особливою гостротою актуалізувала проблеми належного правового поводження з учасниками збройного конфлікту. При тому базовим є питання про правовий статус таких учасників, визначення якого, певна річ, залежить від комплексу факторів: починаючи зі спрямованості політик у сфері протидії злочинності, забезпечення національної безпеки й до юридичних оцінок конкретних вчинюваних учасниками збройного конфлікту діянь, їх входження до певних організацій тощо.

Здійснений нами аналіз судової, а також слідчої практики, зокрема тієї, що розгорнута Службою безпеки України, Національною поліцією, прокуратурою, в тому числі й на деокупованих територіях, дозволяє виділити декілька категорій воюючих учасників збройного конфлікту (російсько-української війни), кримінально-правова оцінка діянь яких та/або відносно яких впливає на визначення їх правового статусу і, відтак, на подальше поводження з ними. Щодо надання такої оцінки правозастосовна практика є неодноманітною, подекуди хибною, у зв'язку з чим вимагається внесення ясності, а надто в контексті співвіднесення правового статусу фізично затримуваних учасників збройного конфлікту з можливістю інкримінування їм певного кримінального правопорушення та/або визнання потерпілим.

Передусім вбачається сенс у поділі відомих на поточний момент воюючих комбатантів триваючого збройного конфлікту на території України на дві великі групи: учасники на стороні держави-агресора, російської федерації (умовно – агресори), та на стороні України (умовно – захисники). ***Серед перших, агресорів***, виокремлюються такі підгрупи:

1. *Військовослужбовці збройних сил російської федерації*. Вони є комбатантами і відповідно до вимог міжнародного гуманітарного права, за визначеною чинним законодавством України процедурою, така особа при фізичному затриманні набуває статусу військовополоненого та має бути передана до таборів для тримання військовополонених. Якщо така особа обґрунтовано підозрюється у вчиненні воєнного чи іншого кримінального правопорушення – одночасно з отриманням статусу військовополоненого щодо неї починається кримінальне провадження за відповідною статтею КК України. Ця ситуація є відносно ясною, не викликає труднощів.

2. *Учасники збройних формувань так званих «ДНР» та «ЛНР»*. Щодо цієї категорії воюючих учасників збройного конфлікту підходи різняться: найпоширенішим є підхід, за якого при фізичному їх затриманні їм надається (визнається) статус військовополоненого з одночасним інкримінуванням ч. 2 ст. 260 КК України – участь у не передбаченому законом збройному формуванні. Менш поширеним, але таким, що зустрічається, тим не менш,

часто є визнання статусу військовополоненого з інкримінуванням участі у терористичній організації (ч. 1 ст. 258-3 КК України). Деколи зустрічається відмова у визнанні за цими особами статусу військовополоненого при інкримінуванні одного з вище вказаних кримінальних правопорушень. З цього приводу висловимо такі зауваги.

Перш за все, кваліфікація участі у бойових (воєнізованих) підрозділах так званих «ДНР» та «ЛНР» як участі у терористичній організації є безпідставним. Мовно-текстуальні симулякри «ДНР» та «ЛНР» не є терористичними організаціями за визначенням, за сутністю. Це – плід контрреальних фантазій представників країни-агресора, результуюча – їх гри. Ми не маємо сприймати нав'язувані правила їх гри і вважати, що комбінація букв «ДНР» та «ЛНР» – онтологічна реальність. Відношення ж до цієї комбінації як до терористичних чи до не передбачених законом збройних формувань є неадекватним, результатує прийняття нав'язаних нам агресором правил гри, нав'язаної ним семантично-символічної реальності. Тим більше, що у широтах цієї ж реальності нещодавно сталися чергові шизополітичні зміни і симулякри «ДНР» та «ЛНР» були включені до складу російської федерації й фактично перестали існувати як самостійно виокремлювані аббревіатури. Окрім того, що цим актом конституція згаданої країни цілком втратила значення відносно реального складника правової дійсності, в тому числі й у міжнародно значущому контексті (імовірно наблизивши ще на один крок остаточний розпад імперії), за усталеною в Україні правозастосовною логікою у антитерористичній чи, ширше, антикримінальній парадигмі мав би відбутися злам. Однак на його заваді став Указ Президента України «Про нікчемність актів, що порушують суверенітет та територіальну цілісність України» від 04.10.2022 р. № 687/2022.

Відтак, виходячи з положень цього Указу і усталеної антитерористичної практики, ми маємо продовжувати застосовувати норму ст. 258-3 КК України щодо затримуваних учасників воєнізованих, збройних підрозділів аббревіатур «ДНР» та «ЛНР», яких, підкреслимо, навіть у шизоїдній російсько-пропагандистській квазіреальності вже немає. Тобто ми продовжуємо тягнути «труп» хворобливої свідомості, залишаючи його у полі своєї правової системи. Давно вже пора його позбутися. І спосіб – дуже простий: змінити мислення, сприйняття й перебудуватися нарешті з логіки мирного часу на логіку війни (знову нагадуємо про цю логіку). Не передбачені законом збройні формування та терористичні організації – це плоди і формат логіки мирного часу. Дотримуватись логіки війни означає, найголовніше, бути послідовним у правовій оцінці тимчасової окупації окремих території Донецької та Луганської областей не терористичними організаціями, а конкретною державою – російською федерацією. На окупованих територіях з метою управління ними створюються не терористичні організації, а окупаційні адміністрації. Називати останні можна як завгодно, але їх природа як окупаційних адміністрацій лишається незмінною. Тому участь у збройних, воєнізованих та інших формуваннях, органах окупаційної адміністрації слід оцінювати або як державну зраду або як колабораційну діяльність за наявності

до того підстав. Тим більше, що переважаючий контингент таких формувань й органів – громадяни України.

Таким чином, учасники збройних формувань «ДНР» та «ЛНР» мають визначатися комбатантами, а не терористами. І це відповідає визначенню комбатанта, сформульованому у ст. 4 Женевської конвенції (III) про поводження з військовополоненими, ч.ч. 1 та 2 ст. 43 Додаткового протоколу (Протоколу I) до неї. У розумінні міжнародного гуманітарного вони права мають право брати участь у війні і є, відтак, захищеною категорією осіб, на яких поширюються всі гарантії у зв'язку з набуттям статусу військовополоненого за наявності до того підстав. Законна ж участь у війні у незаконному формуванні – це нонсенс, який є таким через накладання правозастосовної парадигми мирного часу на матрицю війни.

При цьому, звісна річ, громадянин України не може набутти статусу військовополоненого через наявність обов'язку щодо репатріації чи інтернування військовополонених, чого Україна не може робити щодо своїх громадян. Тому щодо затримуваних членів збройних формувань аббревіатур «ДНР» і «ЛНР» слід розглядати питання або про притягнення їх до кримінальної відповідальності за ч. 7 ст. 111-1 КК України (у випадку *добровільності* участь громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території) або про визнання їх *жертвами примусової мобілізації* та, відповідно, *потерпілими* злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК України, якщо за обставинами справи буде обґрунтовано доводитись факт примусового залучення до служби у відповідних збройних силах окупанта (заборона таких дій передбачена ст. 51 Конвенції про захист цивільного населення під час війни [4]).

3. Це ж саме стосується і тих громадян України, які на тій чи іншій підставі стали до лав збройних сил країни-агресора:

а) збройних сил російської федерації *на території Автономної Республіки Крим*;

б) так званих «добровольчих батальйонів імені Маргелова та імені Судоплатова» і т. п., що формуються на тимчасово окупованій території Херсонської та Запорізької областей відповідно.

4. Учасники збройних формувань, що ідентифікуються з так званими приватними військовими компаніями (ПВК, на кшталт так званої групи Вагнера). Подібні випадки є дуже не частими й усталеної практики кримінально-правової кваліфікації немає. На думку респондентів з числа слідчих СБУ, діяння подібних осіб слід кваліфікувати як найманство (ч. 4 ст. 447 КК України – участь найманця у збройному конфлікті, воєнних діях). Тобто вони не потрапляють до категорій військовополонених. Водночас це є можливим тільки тоді, коли найманцем є або особа без громадянства, або іноземець для України та російської федерації, себто не є ані громадянином України, ані громадянином росії. Ця ознака найманця прямо впливає з його визначення, закріпленого у примітці до ст. 447 КК України, передбачена і Женевськими конвенціями, Додатковими протоколами. Коли ж членом так званої ПВК є громадянин російської федерації (а таких, умотивованих

корисливим прагненням, – абсолютна більшість) кваліфікація його діянь за ст. 447 КК України виключається. В цій ситуації, на нашу думку, немає достатніх юридичних, морально-правових підстав поширювати на членів ПВК передбачені міжнародним гуманітарним правом гарантії для військовополонених і вважати їх комбатантами взагалі. З точки зору міжнародного права – це збройні банди, групи, що засилаються країною-агресором (заслання збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави як акт агресії). Їх використання – злочин агресії. З позицій вітчизняного кримінального законодавства участь громадян росії у ПВК слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 260 КК. Вони не є законними (конвенційними) комбатантами.

Ведучи мову про статусу комбатантів, що беруть участь у збройному конфлікті на стороні України, вважаємо за необхідне звернути увагу на одну проблему: кваліфікація потрапляння їх в полон. Для закріплення правового статусу військовополоненого, як засвідчили респонденти з СБУ, нерідко починається кримінальне провадження за фактом жорстокого поводження з військовополоненими (ч. 1 ст. 438). Окрім того, що такий підхід є очевидно необґрунтованим, з поля зору випадає захист життя, здоров'я, волі й гідності військовослужбовця України в контексті визнання його жертвою (на конвенційному рівні таке визнання закріплюється), а тому й потерпіли злочину агресії, а саме ведення агресивної війни (ч. 2 ст. 437 КК України). До речі, так само, переконані, слід кваліфікувати й «конвенційне» позбавлення життя військоволужбовця України в ході бою, тобто як потерпілого від ведення агресивної війни. Запровадження такої практики додатково сприятиме й документуванню злочинів агресії російської федерації проти України, формуванню доказової бази для можливого міжнародного трибуналу.