

7290

ВИСНОВОК

за результатами проведення
експертизи законопроекту

Назва акта	Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України
Дата реєстрації	15.04.2022
Суб'єкт права законодавчої ініціативи	Кабінет Міністрів України: Шмигаль Денис Анатолійович
Головний комітет	Комітет з питань правоохоронної діяльності

Резюме

Законопроект розроблений з метою приведення положень Кримінального кодексу України (далі - КК) у відповідність до норм міжнародного права та забезпечення кримінально-правового переслідування за міжнародні злочини (геноциду, злочин агресії, злочини проти людяності та воєнні злочини). Для цього пропонується внести низку змін до КК та до Кримінального процесуального кодексу (далі - КПК).

Довідка

20.05.2021 року Верховна Рада України ухвалила законопроект [№ 2689](#) “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права” (далі - Закон). З 7.06.2021 року вказаний Закон перебуває на підписі Президента України. Новий законопроект № 7290 фактично повністю дублює положення цього Закону, за виключенням норм щодо закріплення інституту універсальної юрисдикції та командної відповідальності за воєнні злочини, а також деяких інших положень.

Детальний опис законопроекту

У законопроекті пропонується внести низку змін до КК.

З КК *вилучаються ст. 432, 433, 435 КК*. Такі статті охоплюватимуться новими складами злочинів, з більш широким формулюванням. З цього приводу автори доповнили Прикінцеві та перехідні положення КК новим пунктом, відповідно до якого

“заміна нумерації статей 432, 433, 435 Кримінального кодексу України відповідно на статті 438-1, 438, 438-4 Кримінального кодексу України не має наслідком скасування кримінальної протиправності таких діянь”. Таке уточнення не є обов'язковим, адже діяння, які охоплюються скасованими статтями та входять до складу нових злочинів, не перестають бути кримінально караними, тому говорити про їх декриміналізацію недоречно.

Натомість **КК доповнюється** новими, так званими **конвенційними злочинами** - воєнними злочинами та злочинами проти людяності.

Форма викладу нових ст. ст. 436 – 438-5, 442 та 442-1 КК загалом є нетиповою для Особливої частини КК, оскільки вони є досить об'ємними, переважані особливими ознаками та примітками, які розкривають їх зміст. Однак, зважаючи на те, що у цих статтях, фактично, імплементуються міжнародно-правових норми, вважаємо, що в порядку виключення такий формат викладу кримінального закону є допустимим.

Зазнає змін **ст. 434 КК**, яка тепер каратиме лише за недбале виконання обов'язків стосовно хворих і поранених, оскільки інша форма вчинення злочину за чинною редакцією охоплюватиметься тепер іншою статтею.

Ст. 436 КК тепер встановлюватиме відповідальність за *публічні заклики до вчинення акту агресії або розв'язування збройного конфлікту неміжнародного характеру, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких дій з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів*

Вказане каратиметься арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до трьох років.

Примітка статті містить визначення акту агресії та збройного конфлікту неміжнародного характеру.

Не можемо погодитися з зауваженням директорки Ukrainian Legal Advisory Group Надії Волкової, що категорія “публічні заклики” є досить широкою та не дає правової визначеності тому, які саме дії особи підпадуть під кваліфікацію цієї статті¹. Вказана категорія уже відома кримінальному праву та сформувалася як завдяки судовій практиці, так і у доктрині кримінального права², при розкритті ознак злочину, передбаченого ст. 110 КК та деяких інших злочинів.

Ст. 437 КК тепер встановлюватиме відповідальність за *планування, підготовку, ініціювання або вчинення акту агресії, що через його характер, серйозність і масштаб є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй*.

Такі діяння каратимуться позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Відповідно до законопроекту суб'єкт цього злочину є загальним, тоді як в ухваленому Законі пропонували карати за агресію лише особу, яка здатна фактично здійснювати контроль або керівництво над політичними чи військовими діями.

Центр громадянських свобод вказує, що відмова від лідерського характеру злочину агресії є недоліком законопроекту³. Погоджуємося з такою позицією, адже це

¹<https://zmina.info/columns/zminy-do-kryminalnogo-kodeksu-shhodo-voyennyh-zlochyniv-pidvodni-ka-meni-zakonoprojektu-7290/>

² Рубашенко М. А. Публічні заклики до кримінальних правопорушень в Україні та деяких європейських країнах. Вісник Асоціації кримінального права України. Харків: 2021. – Вип. 1(15)

³<https://ccl.org.ua/claims/yevromajdan-sos-nedoskonalyj-zakonoproekt-uryadu-pozbavyt-ukrayinu-mo-zhlyvosti-prytyagaty-do-vidpovidalnosti-za-voyenni-zlochyny-rosijskoyi-armiyi/>

ускладнить можливість обміну військовополоненими та накладе непомірний тягар на судову систему, яка повинна буде притягнути до відповідальності усіх комбатантів країни-агресора.

Також як недолік експерти визначають вилучення частини примітки ст. 437 КК, закріпити яку пропонувалось в ухваленому Законі. Йдеться про те, що *“для цілей статей 437-438⁵, 442 і 442¹ цього Кодексу застосовуються положення міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, і звичаєвого міжнародного права, що були чинними на час вчинення відповідного діяння, та з урахуванням практики застосовування цих положень міжнародними судовими установами (трибуналами)”*. Допускаємо, що видалення цього тексту у законопроекті було спрямоване на запобігання зловживанням та для того, щоб при кваліфікації злочинів першочергово використовувалось єдине джерело, яке визначає протиправність і караність діяння - Кримінальний кодекс України. Насправді ж, на практиці, суди не лише зможуть, а й будуть використовувати практику міжнародних трибуналів, зокрема для тлумачення диспозицій. Тому, вважаємо це не критичним.

У ст. 438 КК описуються **воєнні злочини проти особи**. Кожна з трьох частин статті наповнена деталізованими формами вчинення злочину. Примітка статті дає визначення міжнародного збройного конфлікту та розкриває зміст згаданих у статті ознак злочину.

У новій **ст. 438-1 КК** описуються **воєнні злочини проти власності**. Саме у цю статтю трансформується виключена ст. 432, яка встановлювала відповідальність за мародерство. Каратиметься позбавленням волі на строк від шести до дванадцяти років *умисне вчинення у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом чи збройним конфліктом неміжнародного характеру захоплення або пошкодження чи знищення майна, якщо це не обґрунтовується військовою необхідністю*. Якщо такі дії матимуть масштабний характер, винному загрожуватиме від десяти до п'ятнадцяти років позбавлення волі.

За новою **ст. 438-2 КК** каратимуться **воєнні злочини, що полягають у застосуванні заборонених методів ведення війни**, такі як напад на незахищені та такі, що не є військовою ціллю, населений пункт або будівлі, напад на установки або споруди, що містять небезпечні сили, нападу на цивільне населення чи окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях тощо.

У новій **ст. 438-3 КК** йдеться про **воєнні злочини, що полягають у застосуванні заборонених засобів ведення війни**. Каратиметься застосування у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру засобів ведення війни, заборонених міжнародним гуманітарним правом, у тому числі зброї, бойових припасів і техніки, що завдають надмірних ушкоджень чи страждань або мають невибіркову дію. На практиці, вказана норма може конкурувати зі ст. 439 КК, яка встановлює відповідальність за застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами.

Ст. 438-4 КК встановлює кримінальну відповідальність за **воєнні злочини проти гуманітарних операцій та використання символів**. Каратиметься завдання ударів по гуманітарним об'єктам та незаконне використання під час міжнародного збройного конфлікту чи збройного конфлікту неміжнародного характеру емблем або розпізнавальних знаків, встановлених міжнародним гуманітарним правом.

Ст. 438-5 КК карає за *воєнні злочини проти культурних цінностей*, що перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права. Також у **ст. 445-1 КК** передбачена стаття зі спеціальними складами злочинів та стосується незаконних дій з культурними цінностями у зв'язку із збройним конфліктом за відсутності ознак ст. 438-5 КК.

Дещо у видозміненому вигляді викладається нова редакція **ст. 442 КК**, в якій йдеться про *геноцид*. Фактично, форми вчинення геноциду, які передбачені у чинній редакції, дещо змінюють своє формулювання, при цьому зміст залишається такий же.

У новій **ст. 442-1 КК** йдеться про *злочини проти людяності*. Каратиметься низка діянь, умисно вчинених в межах усвідомленого широкомасштабного нападу або систематичних нападів на цивільне населення, таких як депортації населення, звалтування, торгівля людьми, вбивства тощо. Слід зазначити що більшість діянь уже є криміналізованими, однак нижня межа санкції, за їх вчинення є вищою ніж у пропонованій ст. 442-1 КК. Тому, санкції таких злочинів повинні бути узгоджені між собою.

Ст. 442-2 КК встановлює відповідальність за бездіяльність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників, яка полягає у неприпиненні будь-якого з вищеописаних правопорушень.

У цьому законопроекті відмовилися від підходу, який був використаний в Ухваленому Законі. Так, пропонувалось доповнити КК новою ст. 31, в якій передбачити, так звану, командну відповідальність. Це коли командування відповідає за вчинені підлеглим злочини, передбачені ст 437-438-5, 442 і 442-1 КК, внаслідок нездійснення належного контролю над такою особою, якщо при цьому відповідний командир достовірно знав (свідомо припускав) або повинен був і міг знати, що зазначена підлегла особа вчиняла або мала намір вчинити такий злочин, однак не запобіг цьому. Слід зазначити, що відхід від цього підходу критикують деякі представники експертного середовища⁴.

Водночас, вважаємо за необхідне погодитися з аргументами проти встановлення такого нетипового виду відповідальності. Хоча такий інструмент і передбачений у ст. 28 Римського статуту Міжнародного кримінального суду, проте він не узгоджується ні з нормами Конституції України, ні з базовими принципами українського кримінального закону. Зокрема, не дотримується принцип індивідуального характеру відповідальності, коли особа може відповідати лише за діяння, які вчинила вона, а не хтось інший.

Існування окремого складу злочину, який каратиме командування є компромісним рішенням, яке дозволяє досягти поставленої цілі. Водночас, доповнення КК ст. 442-2 КК у запропонованому вигляді є недоречним, адже майже ідентична норма передбачена у чинній ст. 426 КК. Тим більше, чинна редакція є ширшою за змістом, оскільки охоплює будь-які кримінальні правопорушення підлеглих, які командир

⁴<https://zmina.info/columns/zminy-do-kryminalnogo-kodeksu-shhodo-voyennyh-zlochyniv-pidvodni-kamini-zakonoprojektu-7290/>

<https://zn.ua/ukr/POLITICS/zmini-do-kriminalnoho-kodeksu-vid-kabminu-viddaljat-pravosuddja-nad-ro-sijskimi-zlochintsjami-hjunduz-mamedov.html>

<https://ccl.org.ua/claims/yevromajdan-sos-nedoskonalyj-zakonoproekt-uryadu-pozbavyt-ukrayinu-mozhlyvosti-prytyagaty-do-vidpovidalnosti-za-voyenni-zlochyny-rosijskoyi-armiyi/>

повинен припинити чи про які повинен повідомити орган досудового розслідування, а не лише злочини, передбачені ст. 437–438-5, 442, 442-1 КК.

Також у законопроекті пропонується внести низку змін до Загальної частини КК, а саме до ст. 44, 49, 68, 69, 74, 80 КК. Вони полягають у тому, що до вищевказаних злочинів, зокрема, **не буде застосовуватись:**

- звільнення від кримінальної відповідальності;
- давність;
- звільнення від покарання та його відбування.

Внесенням змін до Закону України "Про застосування амністії в Україні" закріплюється **неможливість застосування амністії** до осіб, засуджених за вчинення злочинів, передбачених статтями 437 – 439, 442 - 442-2, 445-1 КК.

Критику окремих експертів⁵ викликало виключення пропозиції доповнити ст. 8 КК принципом **універсальної юрисдикції**, яка була в тексті ухваленого Закону. Нововведення полягало у поширенні дії КК на злочини, передбачені статтями 437-438-5, 442 і 442-1 КК, вчинені іноземцями та особами без громадянства, що не проживають постійно в Україні, безвідносно зв'язку з територією або інтересами України.

Вважаємо виключення цієї пропозиції у законопроекті №7290 не критичним. Наразі усі існуючі принципи дії кримінального закону у просторі охоплюють випадки російської агресії, а вказаний підхід можливо буде імплементувати згодом.

У законопроекті пропонується доповнити Прикінцеві та перехідні положення КК Розділом III та визначити, що **якщо діяння, передбачені у статтях 437 – 438-5, 442, 442-1 цього Кодексу, на момент їх вчинення не визнавалися злочином відповідно до законодавства України про кримінальну відповідальність, але визнавалися злочином геноциду, злочином агресії, злочином проти людяності або воєнним злочином відповідно до норм міжнародного права, вважається, що такі діяння на час їх вчинення визнавалися такими, що є злочином, відповідно до законодавства України про кримінальну відповідальність**. Вказаний підхід є дискусійним та таким, що порушує вимоги ст. 58 Конституції України, відповідно до яких закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Для того, щоб діяння було злочинним, воно, на момент вчинення, повинне бути передбачене у КК.

Зміни пропонується внести й до КПК, визначивши підслідність вищеописаних злочинів за органами безпеки (ст. 216 КПК) та передбачивши можливість здійснення щодо них спеціального досудового розслідування (ст. 297-1). Водночас, до КПК не пропонується жодних змін, які б визначали особливості строків досудового розслідування, збору доказів, проведення процесуальних дій щодо цих злочинів.

⁵<https://zmina.info/columns/zminy-do-kryminalnogo-kodeksu-shhodo-voyennyh-zlochyniv-pidvodni-ka-meni-zakonoprojektu-7290/>
<https://ccl.org.ua/claims/yevromajdan-sos-nedoskonalyj-zakonoproekt-uryadu-pozbavyt-ukrayinu-mozhlyvosti-prytyagaty-do-vidpovidalnosti-za-voyenni-zlochyny-rosijskoyi-armiyi/>

Висновок

Інститут Законодавчих ідей не заперечує проти запропонованих законодавчих рішень за умови доопрацювання законопроекту. Водночас, ухвалення законопроекту можливе лише після вирішення юридичної долі прийнятого Закону, який регулює аналогічні правовідносини та є більш якісним і пропрацьованим.

Позиції стейкходерів

1. Директорка Ukrainian Legal Advisory Group Надія Волкова не підтримує законопроект⁶;

2. Ініціатива Євромайдан SOS, Центр громадянських свобод та ще 26 організацій виступили проти ухвалення законопроекту⁷.

⁶<https://zmina.info/columns/zminy-do-kryminalnogo-kodeksu-shhodo-voyennyh-zlochyniv-pidvodni-kameni-zakonoprojektu-7290/>

⁷<https://ccl.org.ua/claims/yevromajdan-sos-nedoskonalyj-zakonoproekt-uryadu-pozbavyt-ukrayinu-mo-zhlyvosti-prytyagaty-do-vidpovidalnosti-za-voyenni-zlochyny-rosijskoyi-armiyi/>