

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ВІЙСЬКОВИХ КОМАНДИРІВ, ІНШИХ ОСІБ, ЯКІ ФАКТИЧНО ДІЮТЬ ЯК ВІЙСЬКОВІ КОМАНДИРИ, ТА ІНШИХ НАЧАЛЬНИКІВ: ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

CRIMINAL LIABILITY OF MILITARY COMMANDERS, OTHER PERSONS WHO ACTUALLY ACT AS MILITARY COMMANDERS, AND OTHER SUPERIORS: PROBLEMATIC ASPECTS

Чугуніков І.І., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права

Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті крізь призму усталених вітчизняних доктринальних уявлень щодо форм участі декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення та відповідних міжнародно-правових підходів, аналізуються положення ст. 31¹ КК України. Доводиться, що запропонована законодавцем у цій статті конструкція суттєво відрізняється як від причетності, так і від спільної участі, оскільки не є потуранням кримінальному правопорушенню, посереднім заподіянням, необережним співзаподіянням чи співучастю. Наголошується на тому, що за такого рішення кримінально-правовий статус військових командирів та інших, зазначених у ст. 31¹ КК осіб залишається не визначеним (вони не є ні виконавцями (співвиконавцями), підбурювачами чи організаторами злочинів, передбачених ст.ст. 437–439, 442 та 442¹, ні особами, які сприяють їх вчиненню), що у підсумку завадить ефективному застосуванню встановлених тут положень і створить підґрунтя для подальшого оскарження судових рішень за суто формальними підставами.

Робиться висновок, що як з позицій Римського статуту, так і з позицій вітчизняної доктрини сутність кримінальної відповідальності військових командирів та інших, зазначених у ст. 31¹ КК осіб полягає у їх бездіяльності і з цієї точки зору нічим не відрізняється від добре відомих національному КК різновидів потурання. Пропонується передбачити у розділі XX Особливої частини окрему статтю, де б встановлювалася відповідальність зазначених осіб за потурання злочинам, що підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду. Аргументується, що проблема особливої суспільної небезпеки такого потурання може бути вирішена за рахунок встановлення санкцій, аналогічних тим, що передбачені для виконавців чи співучасників злочинів, передбачених ст.ст. 437–439, 442 чи 442¹ КК, що, у свою чергу, робить зайвим впровадження у Загальну частину КК доволі сумнівних конструкцій. Звертається увага на інші недоліки Закону України від 9 жовтня 2024 р. та наголошується на необхідності їх подолання.

Ключові слова: військовий командир, начальник, кримінальна відповідальність, злочин, форми участі, причетність, спільна участь, потурання, мир та безпека людства.

The article analyzes the provisions of Article 311 of the Criminal Code of Ukraine through the prism of established domestic doctrinal ideas regarding the formation of participants of several subjects in the commission of a criminal offense and relevant international legal approaches. It is proved that the construction proposed by the legislator in this article significantly differs from both involvement and joint participation, and is not an indulgence in a criminal offense, indirect causation, negligent complicity or complicity. It is emphasized that under such a decision, the criminal legal status of military commanders and others specified in Article 311 of the Criminal Code, the persons remain unspecified (they are not executors (co-executors), instigators or organizers of the crimes provided for in Articles 437–439, 442 and 442¹, nor persons who facilitate their commission), which ultimately requires effective establishment of the provisions established here and creates confirmation for further appeal of court decisions in court. formal grounds.

To conclude that both from the standpoint of the Rome Statute and from the standpoint of domestic doctrine, the essence of the criminal liability of military commanders and others specified in Article 311 of the Criminal Code becomes in their inaction and from this point of view does not differ from the well-known national CCs of various origins. It is proposed to provide in the Special Parts section of a separate statute, which would establish the liability of the specified persons for the commission of crimes that fall under the jurisdiction of the International Criminal Court. It is argued that the problem of the special social danger of such connivance can be solved by taking into account the established sanctions, similar to those provided for perpetrators or accomplices of crimes provided for in Articles 437–439, 442 or 442¹ of the Criminal Code, which, in turn, makes it unnecessary to introduce rather dubious constructions into the General Part of the Criminal Code. Attention is drawn to other shortcomings of the Law of Ukraine of October 9, 2024 and the need to overcome them is emphasized.

Key words: military commander, head, criminal liability, crime, forms of participation, involvement, joint participation, connivance, peace and security of mankind.

Постановка проблеми. Аналіз деяких змін чинного Кримінального кодексу (далі КК) України, які були внесені останнім часом, свідчить про намагання законодавця конституювати раніше невідомі форми участі декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення. Насамперед, йдеться про ст. 31¹, що передбачає кримінальну відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників.

Огляд останніх досліджень і публікацій дозволяє укласти, що запропоновані новачки мало узгоджуються із усталеними вітчизняними науковими та законодавчими уявленнями щодо сутності причетності та спільної участі і потребують ретельного аналізу.

Формулювання завдання дослідження. Метою статті є доведення тези про появу певної негативної тен-

денції щодо розвитку форм участі декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення, яка призводить до формування «особливої» підстави кримінальної відповідальності, що є неприпустимим.

Виклад основного матеріалу. Статтею 31¹ розділ VI Загальної частини чинного КК України був доповнений Законом України від 9 жовтня 2024 р. «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» [1]. У пояснювальній записці до проекту цього Закону зазначалося, що поява згаданої статті зумовлена необхідністю імплементації ст. 28 Римського статуту [2], який був ратифікований Україною 21 серпня 2024 р. і набрав для неї чинності 1 січня 2025 р. Відповідно до

цієї статті, на додаток до інших підстав кримінальної відповідальності згідно з цим Статутом за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, військовий командир або особа, яка фактично діє як військовий командир, підлягає кримінальній відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені силами, які перебувають під його чи її фактичним командуванням і контролем або, залежно від обставин, під його чи її фактичною владою і контролем. Юрисдикція Суду обмежуються найбільш тяжкими злочинами, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства, зокрема злочином геноциду, злочинами проти людяності, воєнними злочинами та злочином агресії (ч. 1 ст. 5 Статуту).

Згідно ч. 3 ст. 25 Статуту, особа підлягає кримінальній відповідальності й покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, якщо ця особа: а) вчиняє такий злочин особисто, спільно з іншою особою або через іншу особу, незалежно від того, чи підлягає ця інша особа кримінальній відповідальності; б) наказує, підбурює або спонукає до вчинення такого злочину, якщо він фактично вчиняється або здійснюється замах на його вчинення; с) з метою сприяння вчиненню такого злочину здійснює пособництво, підбурювання чи в будь-який інший спосіб сприяє його вчиненню або замаху на нього, включаючи надання засобів для його вчинення; d) будь-яким іншим чином сприяє вчиненню або замаху на вчинення такого злочину групою осіб, які діють зі спільною метою. Таке сприяння повинно здійснюватися умисно та: i) з метою сприяння злочинній діяльності чи досягненню злочинної мети групи в тих випадках коли така діяльність чи мета пов'язана з учиненням злочину, що підпадає під юрисдикцію Суду; або ii) з усвідомленням умислу групи вчинити злочин; e) стосовно злочину геноциду, прямо та публічно закликає інших до вчинення геноциду; f) здійснює замах на вчинення такого злочину, вчиняючи дію, яка є істотним кроком у його вчиненні, однак злочин виявляється незакінченим через обставини, що не залежить від намірів цієї особи. Однак особа, яка відмовляється від спроби вчинити злочин або іншим чином запобігає закінченню злочину не підлягає покаранню відповідно до цього Статуту за замах на вчинення цього злочину, якщо ця особа повністю і добровільно відмовилася від злочинної мети.

Аналіз наведених положень дозволяє зробити висновок, що Статут встановлює відповідальність за виконання злочину (включаючи посереднє заподіяння), який підпадає під його юрисдикцію, пособництво, підбурювання чи інше сприяння його вчиненню та умисне сприяння вчиненню такого злочину групою осіб. В інших, передбачених ч. 3 ст. 25 Статуту випадках, йдеться про караність вдалого підбурювання (п. «b»), публічних закликів до вчинення геноциду (п. «e») та замаху на злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду (п. «f»), які самостійними формами участі декількох суб'єктів у вчиненні геноциду, злочину проти людяності, воєнного злочину чи злочину агресії не виступають.

Поряд із посереднім заподіянням, підбурюванням, пособництвом, іншим сприянням вчиненню зазначених злочинів, а також умисним сприянням їх вчиненню групою осіб ст. 28 Статуту встановлює ще одну форму участі декількох суб'єктів у вчиненні злочину, що підпадає під юрисдикцію Суду, сутність якої полягає у нездійсненні особою належного контролю, що призводить до вчинення підлеглими (силами) зазначених злочинів. Ця форма відокремлюється від пособництва, підбурювання чи іншого сприяння і позиціонується як цілком самостійна, оскільки у ч. 1 ст. 28 прямо зазначається, що вона встановлюється на додаток до інших підстав кримінальної відповідальності, передбачених ст. 25 Статуту. З позицій вітчизняної кримінально-правової доктрини, скоріше за все, тут мова йде про причетність до відповідного злочину. Однак, використане у ст. 28 формулювання, згідно з яким кримі-

нальний відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, підлягають і командири та інші начальники дозволило розробникам відповідного національного законопроекту припустити, що мова йде про певний різновид спільної участі командирів, інших начальників та підлеглих у вчиненні агресії, воєнного злочину, геноциду чи злочину проти людяності.

Перша спроба встановити кримінальну відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників була здійснена в Законі України від 20 травня 2021 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права». Відповідно до нього, Загальна частина КК України була доповнена розділом VI¹ «Особливості кримінальної відповідальності військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників за окремі злочини підлеглих їм осіб». Тобто, національний законодавець одразу почав асоціювати кримінальну відповідальність військових командирів із їх спільною участю у вчиненні підлеглими відповідних злочинів. Однак, вірогідно, усвідомлюючи наявність у цьому разі серйозних відмінностей від інституту співучасті, він сконструював окремий розділ VI¹ Загальної частини, де дії військових командирів та інших осіб хоча й розглядалися як певний різновид спільної участі, співучастю не визнавалися.

Підхід, запропонований Законом від 9 жовтня 2024 р. виявився дещо іншим. По-перше, ст. 31¹ розташована у розділі VI Загальної частини, який присвячений співучасті, а по друге, частина третя цієї статті встановлює правила кваліфікації дій військових командирів та інших осіб, які діють як військові командири (вони передбачалися і Законом від 20 травня 2021 р.) аналогічні тим, що застосовуються при кваліфікації складної співучасті з юридичним розділом ролей. Ці обставини дозволяють припустити, що національний законодавець розглядає дії, які полягають у невжитті заходів для запобігання чи припинення вчинення злочину або неповідомленні про нього компетентному органу, як особливий різновид співучасті у вчиненні діянь, передбачених ст.ст. 437–439, 442 та 442¹ КК України.

У сучасній вітчизняній теорії кримінального права та судовій практиці виокремлюють дві основні форми участі декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення: 1) причетність, за якої поведінка одного з суб'єктів, хоча і пов'язана з діянням, що вчиняється іншим суб'єктом, не є складовою цього діяння, а тому може розглядатися виключно як самостійний кримінально-правовий делікт; 2) спільна участь, за якої два або більше суб'єкта загальними зусиллями вчиняють одне діяння.

Аналіз чинного КК дозволяє виділити наступні види причетності: 1) заздалегідь не обіцяне потурання кримінальному правопорушенню (ч. 2 ст. 146¹, ст. 365³, ст. 426); 2) заздалегідь не обіцяне сприяння учасникам злочинних організацій та укриття їх злочинної діяльності (ст. 256); 3) заздалегідь не обіцяне переховування особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, збрард і засобів учинення кримінального правопорушення, слідів кримінального правопорушення чи предметів, здобутих кримінально-протиправним шляхом (ст. 396). Самостійним різновидом переховування предметів, здобутих кримінально-протиправним шляхом, є легалізація (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом. Це діяння розглядається як окремий злочин (ст. 209 КК), що вчиняється особою, яка знала або повинна була знати, що таке майно прямо чи опосередковано, повністю чи частково одержано злочинним шляхом. Легалізація є кримінально караною і в тому випадку, коли майно, що відмивається, було одержано злочинним шляхом нетяжкого злочину; 4) заздалегідь не обіцяне придбання, отримання, зберігання чи збут майна,

завідомо одержаного кримінально-протиправним шляхом (ст. 198).

Зазначені види причетності характеризуються низкою спільних ознак. По-перше, усі вони перетворюються на співучасть, якщо дії, котрі полягають у потуранні, сприянні, переховуванні, придбанні чи збуті майна були заздалегідь обіцяні до закінчення вчинення кримінального правопорушення. Це стосується і легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом. Якщо відповідно до першої редакції ст. 209 КК суб'єктом зазначених тут дій визнавалися особи, які одержали кошти чи інше майно злочинним шляхом та особи, котрі заздалегідь пообіцяли вчинити дії з їх легалізації, то після змін 2019 р. суб'єктом цього злочину є особа, яка знала або повинна була знати, що таке майно прямо чи опосередковано, повністю чи частково одержано злочинним шляхом. Тобто, мова йде про особу, яка не тільки не вчиняла предикатного злочину, а й про особу, яка заздалегідь не обіцяла вчинити дії щодо легалізації майна, одержаного злочинним шляхом. Якщо ж такі дії були обіцяні до закінчення предикатного злочину, вони мають розглядатися як пособництво у його вчиненні.

По-друге, усі види причетності характеризуються виключно умисною виною. Про це свідчить аналіз диспозицій відповідних статей, де мова йде про «умисне з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або інтересів третіх осіб нежиття заходів» (ст. 365³), «умисне неприпинення кримінального правопорушення» (ст. 426 КК), «укриття злочинної діяльності та здійснення інших дій по створенню умов, які сприяють злочинній діяльності» (ст. 256 КК), «придбання або отримання, зберігання чи збут майна, завідомо одержаного кримінально протиправним шляхом» (ст. 198 КК) тощо. Таке вирішення питання є цілком природним, оскільки необережність виключає саму причетність суб'єкта до вчиненого кримінального правопорушення. Так, наприклад, якщо службова особа, діючи з необережності, не припиняє кримінальне правопорушення внаслідок своєї несумлінності, її дії утворюють службову недбалість (ст. 367, ст. 425 КК). Однак, вони не можуть розглядатися як потурання вчиненню діяння іншою особою, оскільки між недбалістю та цим діянням об'єктивно відсутні будь-які зв'язки, які могли б свідчити про участь службової особи у кримінальному правопорушенні, яке вчиняється іншою особою. З цієї точки зору, не може розглядатися як причетність і легалізація майна, якщо вона вчиняється особою, яка не знала, але повинна була знати, що таке майно прямо чи опосередковано, повністю чи частково одержано злочинним шляхом.

По-третє, усі види причетності можуть позиціонуватися виключно як самостійні кримінально протиправні діяння (що цілком логічно, оскільки причетність не є складовою діяння, яке вчиняється іншою особою) і мають кваліфікуватися лише за статтями Особливої частини КК.

Спільна участь у вчиненні кримінального правопорушення, як і причетність до нього, теж має свої різновиди. Серед них можна виокремити: 1) посереднє заподіяння; 2) необережне співзаподіяння та 3) співучасть.

Встановлені у ст. 26 КК ознаки співучасті є загальним орієнтиром, який дозволяє розмежувати її із суміжними поняттями. По-перше, співучасть це спільна участь декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення. За цим критерієм вона відрізняється від причетності, коли дії однієї особи не є складовою діяння, що вчиняється іншою особою. По-друге, співучасть – це умисна спільна участь. Наявність необережної спільної участі співучасть виключає. По-третє, співучасть – це умисна спільна участь у вчиненні умисного кримінального правопорушення. Умисна спільна участь у вчиненні необережного кримінального правопорушення має розглядатися як необережне співзаподіяння. По-четверте, співучасть – це спільна участь декількох суб'єктів кримінального правопорушення. Це означає, що поняттям співучасті не охо-

плюються, як посереднє заподіяння, так і випадки, коли винний, разом з особою, яка не є суб'єктом кримінальної відповідальності, особисто виконує об'єктивну сторону того чи іншого діяння.

Головна особливість співучасті, як різновиду спільної участі у вчиненні кримінального правопорушення, полягає у єдності намірів всіх суб'єктів щодо їхніх дій та досягнення єдиного злочинного результату, хоча мотиви, якими керуються співучасники, можуть і не збігатися. Виходячи з цього, не є співучастю провокація кримінального правопорушення, оскільки результат цих дій – викриття спровокованого – не може розглядатися як бажаний, єдиний та неподільний кримінально-протиправний наслідок для всіх співучасників.

Аналіз запропонованої законодавцем у ст. 31¹ КК конструкції дозволяє зробити висновок, що вона суттєво відрізняється як від причетності, так і від спільної участі. Така форма участі декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення: 1) не є потуранням кримінальному правопорушенню, оскільки бездіяльність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників, не утворює самостійного складу діяння, передбаченого Особливою частиною КК, а розглядається як безпосередня участь у злочинах, що вчиняються їх підлеглими. Тому зазначені особи несуть відповідальність за тими ж самими статтями, що й особи, які безпосередньо вчинили певні злочини, передбачені ст.ст. 437–439, 442 і 442¹ (ч. 3 ст. 31¹). До того ж, на відміну від потурання, як виду причетності до кримінального правопорушення, нежиття заходів щодо запобігання чи припинення вчинення злочину підлеглим або повідомлення про такий злочин компетентному органу з боку військового командира або іншої особи, яка фактично діє як військовий командир, можуть вчинятися і з необережності, коли вони не знали, але повинні були і могли знати, що підлегла особа вчинила або мала намір вчинити певний злочин; 2) не є посереднім заподіянням, оскільки підлегли особи відповідають усім необхідним ознакам суб'єкта кримінального правопорушення; 3) не є необережним співзаподіянням, оскільки нежиття заходів для запобігання чи припинення вчинення злочину підлеглою особою або повідомлення про такий злочин компетентному органу, можуть вчинятися суб'єктами, зазначеними у ст. 31¹ КК, й умисно, коли вони достовірно знали чи свідомо припускали, що підлегла особа вчинила або мала намір вчинити певний умисний злочин (діяння, передбачені ст.ст. 437–439, 442 та 442¹ є виключно умисними); 4) не є співучастю, оскільки, по-перше, психічне ставлення військових командирів та інших, згаданих у ст. 31¹ КК осіб, до нежиття заходів для запобігання чи припинення злочину або до повідомлення про такий злочин може бути як умисним, так і необережним, тоді як для наявності співучасті дії кожного із співучасників мають бути виключно умисними; по-друге, навіть у тих випадках, коли зазначені дії військових командирів та інших осіб вчинюються умисно, ними та підлеглими особами не усвідомлюється факт спільного вчинення злочину; по-третє, вчинений злочин не є результатом об'єднаних зусиль підлеглих осіб та їх командирів або начальників. Дії останніх не знаходяться у причинному зв'язку з таким діянням, не обумовлюють його вчинення та не сприяють йому ні фізично, ні інтелектуально. У протилежному випадку має місце співучасть військових командирів чи начальників у злочинах, вчинених підлеглими особами.

У світлі викладеного доволі цікавим є питання щодо кримінально-правового статусу військових командирів та інших, зазначених у ст. 31¹ КК, осіб. Вони не можуть визнаватися: 1) виконавцями (співвиконавцями) злочинів, передбачених ст.ст. 437–439, 442 та 442¹, оскільки не вчиняють їх ні особисто, ні шляхом безпосереднього заподіяння; 2) підбурювачами чи організаторами вчинення зазна-

чених злочинів, оскільки не віддають своїм підлеглим явно кримінально-протиправних наказів або розпоряджень, не організовують цих кримінальних правопорушень та не схиляють підлеглих до їх вчинення в інший спосіб. У разі віддання явно кримінально-протиправних наказів про вчинення підлеглими відповідних злочинів проти миру та безпеки людства, особи, зазначені у ст. 31¹ КК, мають визнаватися виконавцями діянь, передбачених ст.ст. 364, 426¹ або (у випадку віддання незаконного наказу про вчинення воєнного злочину) ч. 1 ст. 438 КК та підбурювачами чи організаторами кримінальних правопорушень, відповідальність за які встановлена ст.ст. 437–439, 442 та 442¹ КК; 3) особами, які сприяють вчиненню підлеглими злочинів, передбачених ст.ст. 437–439, 442 та 442¹ КК. З позицій чинного КК сприяння може розглядатися, як: а) пособництво, коли військовий командир або іншау, згадана у ст. 31¹ особа, порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню підлеглими зазначених діянь. У цих випадках, їх дії мають кваліфікуватися за відповідними статтями XX розділу Особливої частини з посиланням на ч. 5 ст. 27 КК; б) форма об'єктивної сторони того чи іншого кримінального правопорушення, наприклад, сприяння порадами, вказівками, наданням засобів або усуненням перешкод вчиненню незаконного переправлення осіб через державний кордон України (ч. 1 ст. 332). У цьому разі, особа, що сприяла, має визнаватися виконавцем відповідного діяння; в) форма причетності до кримінального правопорушення, наприклад, ст. 256 КК, що дає змогу визнавати особу, яка сприяла учасникам злочинних організацій та укріттю їх злочинної діяльності причетною до злочину, передбаченому ст. 255 або до злочину, вчиненому злочинною організацією. У цьому разі, причетна особа одночасно є і виконавцем діяння, передбаченого ст. 256 КК.

Кримінальна відповідальність за сприяння військових командирів та інших, згаданих у ст. 31¹ осіб, вчиненню підлеглими діянь проти миру та безпеки людства, не передбачена ні як форма об'єктивної сторони посягань, про які йдеться у ст.ст. 437–439, 442 та 442¹, ні як форма причетності до цих злочинів. Зазначені особи не можуть виступати і співучасниками, оскільки у цьому випадку прийматися визнати наявність у вітчизняній кримінально-правовій площині двох інститутів співучасті з абсолютно різним змістом, що, природно, є неприпустимим. Отже, кримінально-правовий статус військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників у межах запропонованої законодавцем у ст. 31¹ КК конструкції залишається невизначеним, що навряд чи буде сприяти ефективному застосуванню передбачених тут положень. Проблему не вирішує і законодавча вказівка щодо використання правил кваліфікації дій зазначених суб'єктів за правилами оцінки складної співучасті з юридично розподілом ролей, оскільки в цьому разі статусу співучасника вони все одно не набувають, не говорячи вже про те, що подібні положення суперечать як доктринальним, так і законодавчим уявленням щодо інституту співучасті.

Аналіз сучасної вітчизняної законодавчої практики у кримінально-правовій площині свідчить, що спроби штучно розширити межі інституту співучасті, запропонованою у ст. 31¹ конструкцією, не обмежуються.

Так, наприклад, Законом України від 14 квітня 2022 року «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та особливостей застосування запобіжних заходів за вчинення злочинів проти основ національної та громадської безпеки» [3] Розділ I Особливої частини КК був доповнений ст. 111² «Пособництво державі-агресору». Відповідно до змісту зазначеної статті, пособництво – це умисні дії, спрямовані на допомогу державі-агресору, з метою

завдання шкоди Україні шляхом: реалізації чи підтримки рішень та/або дій держави-агресора; добровільного збору, підготовки та/або передачі матеріальних ресурсів чи інших активів представникам держави-агресора.

Виходячи із запропонованої редакції ст. 111² КК не зовсім зрозуміло, чи є пособництвом, передбаченим цією статтею, умисні дії, спрямовані на допомогу збройним формуванням та/або окупаційній адміністрації держави-агресора, оскільки буквально тлумачення приписів, що тут містяться, дозволяє зробити висновок щодо обмеження поняття пособництва лише умисними діями, спрямованими на допомогу державі-агресору. Але справа навіть не в цьому. Як відомо, пособницька діяльність є можливою лише у межах співучасті, а пособником є особа, яка сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками (ч. 5 ст. 27 КК). Тому, насамперед, виникає питання про те, вчиненню якого саме кримінального правопорушення сприяє особа в межах ст. 111² КК. Створення чи існування держави-агресора, її збройних формувань чи окупаційної адміністрації кримінальним правопорушенням за КК України не визнається, внаслідок чого неможливе і пособництво у цьому. Теж саме стосується і заздалегідь не обіцяного сприяння державі-агресору, оскільки причетність теж є формою участі декількох суб'єктів у вчиненні кримінального правопорушення. Таким чином, допомога державі-агресору не є ані співучастю, ані причетністю і у разі її криміналізації може розглядатися виключно як самостійне кримінально-каране діяння.

У вітчизняних наукових джерелах цілком слушно підкреслюється, що кваліфікувати дії громадянина України як державну зраду у формі переходу на бік ворога в умовах воєнного стану можна тільки лише за наявності у особи (суб'єкта злочину) контакту з представниками (органами) противника. Відсутність такого контакту, навіть при вчиненні будь-яких злочинних дій, за наявності в особи бажання надати військовому противнику фактичну допомогу в його ворожих діях проти України, виключає можливість кваліфікувати вчинене як перехід на бік ворога [4, с. 49]. На усунення саме цієї прогалини, вірогідно, і була спрямована ст. 111², суб'єктами якої до того ж, були визнані не тільки громадяни України, а й іноземці (крім громадян держави-агресора) та особи без громадянства. Однак використання розробниками цієї норми терміну «пособництво» явно суперечить усталеним уявленням щодо пособницької діяльності. Ситуацію не змінює навіть та обставина, що автори сформулювали «нове» поняття пособництва, яке характеризує діяльність виконавця лише у межах ст. 111² КК, оскільки існування у кримінальному законодавстві двох однакових понять з різним змістом (буквальне тлумачення положень, що містяться у ст. 111² КК дозволяє виокремити заздалегідь не обіцяне пособництво), є неприпустимим. У зв'язку з цим, терміну «пособництво» в найменуванні та тексті ст. 111² КК слід позбутися, перейменувавши її на «Допомогу державі-агресору».

Бажання вітчизняного законодавця максимально посилити кримінальну відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників, насамперед тих, хто представляє державу-агресора, в умовах сьогодення, є цілком зрозумілим. Але навряд чи це варто робити за рахунок впровадження доволі сумнівних конструкцій, які створюють підвалини для подальшого оскарження судових рішень за суто формальними підставами.

Так чи інакше, з позицій Статуту підстава кримінальної відповідальності зазначених у ст. 28 осіб полягає у їх бездіяльності і з цієї точки зору майже нічим не відрізняється від добре відомих вітчизняному КК різновидів потурання (ч. 2 ст. 146¹, ст. 363³, ст. 426). Тому, як уявляється, логічніше було б передбачити у розділі XX Особливої частини окрему статтю, скажімо 442², де б встановлюва-

лася відповідальність зазначених вище осіб за потурання злочинам, що підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду. Враховуючи особливу суспільну небезпеку згаданий дій, санкції за їх вчинення можуть бути аналогічними тим, що передбачені для виконавців чи співучасників злочинів, передбачених ст.ст. 437–439, 442 та 442¹ КК.

Саме цим шляхом пішли розробники проекту нового КК України [5], підготовленого Робочою групою з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи, створеної відповідно до Указу Президента України від 7 серпня 2019 р. Згідно з цим документом, відповідальність військових командирів чи осіб, які фактично діють як військові командири за невиконання ними заходів щодо підпорядкованих їм військових сил, а також відповідальність начальників, що не є військовими командирами, за невиконання заходів щодо підлеглих передбачена окремими нормами Особливої частини. Норми про відповідальність за ці діяння розташовані у розділі «Воєнні злочини», хоча тут йдеться не тільки про потурання воєнним злочинам, а й про потурання геноциду, злочину проти людяності чи злочину агресії.

Невиконання командиром заходів щодо підпорядкованих йому військових сил та невиконання начальником заходів щодо підлеглих розглядаються як злочини 7 ступеня і за тяжкістю прирівнюються до таких діянь, як публічні заклики до злочину геноциду, злочину проти людяності, що вчиняється в інших, аніж вбивство, формах, пропаганда акту агресії, грубе порушення Женевських конвенцій, не пов'язане із вбивством, інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах, не пов'язані із вбивством. Такий підхід, як уявляється, цілком заслуговує на підтримку, оскільки, він, з одного боку, дозволяє з'ясувати сутність діянь, що вчиняються військовим командиром чи начальником, а з іншого – однозначно вирішити питання щодо кримінально-правового статусу зазначених суб'єктів, як причетних до геноциду, агресії, злочинів проти людяності чи воєнних злочинів осіб.

Разом з цим, слід зазначити, що більш пізні варіанти тексту проекту нового КК, на відміну від попередніх, положень щодо причетності вже не передбачають (у більш ранніх варіантах цей інститут передбачався, а потурання пов'язувалося із заздальгід не обіцянним неприпиненням злочину особою, яка мала юридичний обов'язок та можливість його припинити), що, напевно, є їх суттєвим недоліком.

Аналіз положень згаданого вище Закону України від 9 жовтня 2024 р. призводить до висновку, що поряд з вадами концептуального характеру, які стосуються кримінально-правової природи відповідальності військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників, він містить й низку інших недоліків. Так, наприклад, відповідно до ч. 1 та ч. 2 ст. 31¹, психічне ставлення військових командирів та інших начальників характеризується як умислом, так і необережністю. У той же час, відповідно до ст. 28 Статуту, начальник підлягає кримінальній відповідальності за злочин, вчинений підлеглими, тільки тоді, коли він знав або свідомо проігнорував інформацію, яка явно вказувала на те, що підлеглі вчинили чи мали намір вчинити такі злочини. З цього постає, що невиконання начальником відповідних заходів з необережності його відповідальність виключає. Обмеження суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, що вчиняється начальником лише умисною виною є цілком обґрунтованим, оскільки на відміну від військових командирів або інших осіб, які діють як військові командири вони не мають спеціальної підготовки та бойового досвіду, у зв'язку з чим, вимога до цих суб'єктів щодо обов'язку знати про вчинений підлеглими злочин чи намір його вчинити виходячи лише з обставин, що скла-

лися, є недоречною і містить елементи об'єктивного ставлення у вину.

У найменуванні статей 438 та 442¹ мова йде про воєнні злочини та злочини проти людяності. Аналогічні визначення використані і у Статуті. Проте, одна справа, коли визначається юрисдикція і зовсім інша – коли визначається підстава кримінальної відповідальності. У ст. 2 КК йдеться про «підставу», а не про «підстави» кримінальної відповідальності. Тому її не можуть утворювати злочини. Буквальне тлумачення положень ст.ст. 438 та 442¹ дозволяє припустити, що особа може бути засуджена за цими статтями тільки у тому разі, коли вчинила усі передбачені тут дії разом.

У сучасних вітчизняних джерелах піднімається питання щодо обґрунтованості законодавчого положення про визнання військової службової особи суб'єктом кримінально-правової оцінки дій іншої особи, що має місце у випадку бездіяльності військової влади при умисному неприпиненні військовою службовою особою кримінального правопорушення, яке вчиняється її підлеглими [6, с. 42]. Ставлення до цього питання з боку науковців у національній доктрині є неоднозначним. Одні автори виходять з того, що здійснення певної кримінально-правової оцінки дій підлеглих не вимагається і службова особа має лише усвідомлювати злочинний характер таких дій [7, с. 116; 8, с. 53]. Інші ж вважають, що військова службова особа повинна встановлювати наявність ознак кримінального правопорушення, особливо тоді, коли факт його вчинення підлеглим не є очевидним для військової службової особи, оскільки вона повинна чітко усвідомлювати, що підлеглим вчиняється діяння, яке має ознаки кримінального правопорушення, а не мати лише підозру в цьому [6, с. 43-44].

Не вдаючись до дискусії, слід зазначити, що у межах ст. 31¹ КК мова йде не просто про невиконання заходів для запобігання чи припинення злочину або повідомлення про нього компетентному органу, а про невиконання заходів щодо протидії злочинам, передбаченим ст.ст. 437–439, 442 та 442¹ КК. З цього постає, що визначені у ст. 31¹ суб'єкти мають, щонайменше, розуміти, у тому саме полягає кримінально-правовий елемент зазначених діянь, оскільки, скажімо, невиконання заходів щодо припинення зґвалтування чи незаконного позбавлення волі, що вчиняються підлеглими, потурання злочинам проти миру та безпеки людства не утворює. Проте, з визначенням цього кримінально-правового елементу проблеми, подекуди, існують навіть у самого законодавця. Так, наприклад, злочинами проти людяності він вважає умисне вчинення в межах широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення одного з діянь, передбачених п.п. 1–9 ч. 1 ст. 442¹, а також злочину апартеїду, винищення, вбивств (ч. 2 ст. 442¹). Виходячи з цього, слід розрізняти два види нападу: а) широкомасштабний та б) неширокомасштабний, але систематичний (під систематичністю у вітчизняній теорії кримінального права традиційно розуміється вчинення юридично тотожних діянь, щонайменше, три рази поспіль). Сам напад на цивільне населення визначається як багаторазове (два і більше разів) вчинення будь-якого з діянь, зазначених у цій статті (п. 1 примітки до ст. 442¹). Таким чином, систематичним може бути визнаний напад, що вчиняється три рази протягом нетривалого часу, за умов, що при кожному нападі скоюється мінімум два діяння, передбачених ч. 1 чи ч. 2 ст. 442¹. Звідси постає, що вчинення, наприклад, тридцяти вбивств у межах подвійного нападу, як і вчинення сорока зґвалтувань у межах сорока нападів злочинами проти людяності визнаватися не можуть.

Зрозуміло, що запропонована законодавцем у ст. 442¹ КК конструкція є результатом імплементації положень ст. 7 Статуту. Але, як уявляється, позиція Статуту щодо визначення злочинів проти людяності є дещо

іншою. При характеристиці нападу у п. а ч. 2 ст. 7 наголошується на тому, що таким є лінія поведінки, яка включає багаторазове вчинення діянь, зазначених у ч. 1 цієї статті, проти будь-якого цивільного населення в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики. Тобто, винувата особа має усвідомлювати, що вона діє саме в рамках широкомасштабного чи систематичного нападу, який завжди пов'язаний з неодноразовим вчиненням діянь, передбачених ч. 1 ст. 7 Статуту і здійснюється в рамках проведення політики держави чи організації. За такого підходу, навіть одноразова участь у нападі, що поєднана із вчиненням хоча б одного діяння, передбаченого ч. 1 ст. 7 Статуту є достатньою підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності за злочин проти людяності. Саме тому, наприклад, у п. «а» ч. 1 ст. 7 Статуту йдеться про «вбивство», на відміну від ч. 2 ст. 442¹ КК, де згадуються «вбивства».

Звертає на себе увагу і наявність «творчого» підходу вітчизняного законодавця до визначення деяких злочинів проти людяності. Так, наприклад, якщо за Статутом «винищення» – це умисне створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення через позбавлення доступу до продуктів харчування й лікарських засобів (п. «б» ч. 2 ст. 7), то відповідно до ст. 442¹ КК – це позбавлення життя однієї чи більше осіб (п. 4 примітки до ст. 442¹), що фактично призводить до ототожнення винищення з вбивством, яке теж може вчинятися, у тому числі і шляхом умисного позбавлення потерпілої особи води, їжі чи лікарських засобів.

Наведені положення вітчизняного КК щодо розуміння злочину проти людяності можуть суттєво ускладнити або взагалі унеможливити усвідомлення військовим командиром чи іншою, зазначеною у ст. 31¹, особою того факту, що підлеглий вчиняє саме такий злочин. А це, у свою чергу, суттєво ускладнить, якщо взагалі не унеможливить формування відповідної доказової бази.

У зазначеному аспекті більш зрозумілою є позиція розробників згаданого вище проєкту нового КК України. Наприклад, злочин проти людяності у формі вбивства вони визначають таким чином: «Особа, яка в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, знаючи

про цей напад, вбила людину, – ...». Як здається такий підхід цілком заслуговує на підтримку. Поняття широкомасштабного або систематичного нападу, яке вживається при характеристиці злочинів проти людяності, є не кримінально-правовим, а міжнародно-правовим поняттям. Тому спроби його визначення у кримінально-правовій площині є недоречними.

Висновок. Запропонована вітчизняним законодавцем у ст. 31¹ КК конструкція навряд чи може бути визнана життєздатною. По суті тут йдеться про встановлення кругової поруки за принципом – якщо не попередив вчинення злочину підлеглим, сам за нього і відповідай. Такий підхід суперечить як основним кримінально-правовим принципам щодо підстави кримінальної відповідальності, так і Конституції України, де акцентується увага на індивідуальному характері юридичної відповідальності (ст. 61). З точки зору своєї кримінально-правової природи невжиття військовим командиром, іншою особою, яка діє як військовий командир, або іншим начальником дій для запобігання чи припинення вчинення підлеглими злочину, передбаченого ст.ст. 437–439, 442 чи 442¹ або неповідомлення про нього компетентному органу є причетністю до злочину, відповідальність за яку може передбачатися виключно окремою статтею Особливої частини КК. Психічне ставлення військових командирів та інших осіб, які діють як військові командири до невжиття дій чи неповідомлення про злочин може бути як умисним, так і необережним, а інших начальників – виключно умисним (за наявності необережності вчинене може кваліфікуватися за ст. 367 КК як службова недбалість).

Інший підхід до вирішення зазначеної проблеми, так чи інакше, створює певне підґрунтя для можливого подальшого оскарження судових рішень за суто формальними підставами. Деякі кримінально-правові норми, спрямовані на протидію злочинам проти миру та безпеки людства, потребують вдосконалення, як у площині найменування (ст.ст. 438, 442¹), так і у площині визначення сутності передбаченого ними діяння (ст. 442¹). У протилежному випадку, доведення того факту, що військовий командир чи інша, зазначена у ст. 31¹ КК особа усвідомлювала вчинення підлеглим саме злочину, передбаченого ст.ст. 437–439, 442 чи 442¹, може суттєво ускладнитися або взагалі унеможливитися.

ЛІТЕРАТУРА

1. *Відомості Верховної Ради*, 2025, №10, ст. 27.
2. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text
3. *Голос України* від 22.04.2022. №92.
4. Бантишев О.Ф., Кузьмін С.А. Злочини проти основ національної безпеки України: науково-практичний коментар. Київ: ПАЛІВО-ДА А.В., 2010. 84 с.
5. Кримінальний кодекс України. Контрольний текст проєкту станом на 02.04.2025 р. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2025/04/03/00-kontrolnyj-proyekt-kk-02-04-2025.pdf>
6. Леонов Б. Кримінальна відповідальність за бездіяльність військової влади (ст. 426 КК України): монографія. Київ; Одеса: Фенікс, 2024. 180 с.
7. Навроцький В.О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. Київ: Атіка, 1999. 148 с.
8. Дячук С.І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві (основні поняття, проблеми кваліфікації, удосконалення законодавства). Київ: Атіка, 2001. 176 с.