

Львівський державний університет
внутрішніх справ

УКРАЇНСЬКА КРИМІНАЛЬНА ЮСТИЦІЯ
У ПОСТ/ВОЄННІЙ ПАРАДИГМІ

Матеріали
X (XXIII) Львівського форуму кримінальної юстиції
19–20 вересня 2024 року

Львів
2024

УДК 343.1(477)+343.2/.7(06)+344
У45

Рекомендовано до друку та поширення через мережу Інтернет
Вченою радою факультету № 1
Інституту з підготовки фахівців для підрозділів Національної поліції
Львівського державного університету внутрішніх справ
(протокол від 16 жовтня 2024 р. № 3)

Упорядник:

І. Б. Газдайка-Василишин,
кандидат юридичних наук, доцент

Українська кримінальна юстиція у пост/воєнній парадигмі:
У45 матеріали Х (XXIII) Львівського форуму кримінальної юстиції
(м. Львів, 19–20 вересня 2024 року) / упорядник І. Б. Газдайка-
Василишин. Львів: ЛьвДУВС, 2024. 280 с.

Матеріали Х (XXIII) Львівського форуму кримінальної юстиції містять тези доповідей та повідомлень, які були оприлюднені й обговорені під час проведення науково-практичного заходу «Українська кримінальна юстиція у пост/воєнній парадигмі», що відбувся у Львівському державному університеті внутрішніх справ 19–20 вересня 2024 року.

Опубліковано в авторській редакції.

УДК 343.1(477)+343.2/.7(06)+344

© Львівський державний університет
внутрішніх справ, 2024

Туляков В. О.,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрНУ,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри кримінального права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)

ПРИВІЛЕЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ЧАСИ ВІЙНИ

*«All animals are equal
but some animals are
more equal than others».*

George Orwell

*«Всякому міру на світі чаша
своя наливається:
не равни сосуди; одним полным,
другим в край и не в край;
но все суть равны,
равна чаша всім налито»...*

Григорій Сковорода

Привілеї та імунітети. Законодавчо визначена нерівність, яка набуває поширення саме в часи панування емерджентних режимів права. «Гарантована частиною першою статті 24 Конституції України рівність громадян перед законом означає рівну для всіх обов'язковість конкретного закону з усіма відмінностями у правах або обов'язках, привілеях чи обмеженнях, які в цьому законі встановлені. Але всі відмінності у привілеях чи обмеженнях щодо різних категорій індивідів, встановлені законом, не можуть бути пов'язані з ознаками, передбаченими частиною другою статті 24 Конституції України. Зазначений принцип визначає загальне правило неприпустимості встановлення за соціальними або особистими ознаками привілеїв чи обмежень і не є абсолютним». [1]

Привілеї (правові пільги) у кримінальному праві – це окремі права учасників правовідносин, які забезпечують правомірне полегшення їхнього кримінально-правового статусу в залежності від антропологічних (стан здоров'я, вік, стать, тощо) чи соціальних умов і інтересів держави або міжнародної спільноти. [2] Це виняток із загальних правил, відхилення від єдиних вимог нормативного характеру, яке виступає виключним способом реалізації кримінальних правовідносин. Але чи є (можуть бути) привілеї справедливими? Діюче кримінальне законодавство, законопроектні роботи та кримінально-правова доктрина не містять визначення привілеїв. Якщо питання імунітетів віднесено до більш загального концепту публічного та міжнародного права, будучи пов'язане із суверенітетом держави, народу, нації та правами особи (Л. Стрельцов, М. Орзіх), то привілеї у кримінальному лише є позитивною девіацією від принципу рівності на кшталт *ultima ratio*. Рівність у кримінальному праві нівелюється виключеннями, привілеями та/або доцільним регулюванням шляхом зловживання правом чи владою.

Регулятивна функція сучасного кримінального права, – засіб досягнення гармонії у взаємовідносинах між державою та громадянами, де відповідальності правопорушника кореспондує обов'язок держави щодо розшуку, покарання і реабілітації злочинця; гідному поводженню з особою, потерпілою від кримінального правопорушення; досягнення суспільного спокою та злагоди на міжнародному, національному, локальному та індивідуальному рівнях.

З цього боку привілеї покликані збалансувати кримінальне провадження з іншими суспільними цінностями, такими як гідність, недоторканність приватного життя, справедливість і захист конфіденційних відносин. Таким чином, привілеї покликані збалансувати пропорційність кримінально-правового впливу з верховенством права, справедливістю і захистом гідності.

Гідність у кримінальному праві України є ключовим елементом, який визначає не лише правовий статус, але й вимоги до справедливого поводження із учасниками правовідносин в залежності від виду правового режиму (загальний, пільговий, емерджентний). Таке поводження відповідає основоположним цілям Конвенції, сама суть яких полягає в повазі до людської гідності та свободи [3].

Розглядаючи кримінально-правові привілеї у загальному режимі регулювання [4], ми можемо відокремити:

- у держави: монополія на кримінальне переслідування; (Ultima Ratio) право на кримінальну репресію; обмежено свавільний вибір заходів впливу (дискреційний вибір між пропорційністю доцільності, зловживанням правом та законністю)

- у правопорушника: презумпція справедливості репресії; виключення чи обмеження відповідальності за наявності обставин, що виключають небезпеку, протиправність, винність та караність діяння; обмеження застосування чи звільнення від кримінально-правових заходів; диференціація відповідальності за суб'єктним складом (спеціальні суб'єкти)

- у жертви: право на законний самозахист; право на компенсацію, реституцію та сатисфакцію; охорона честі та гідності

- у громадянського суспільства (треті особи): захист прав, інтересів і свобод від необґрунтованого кримінального переслідування або репресій; захист правозахисників і журналістів; законний протест (свобода зібрань), охорона приватності від свавільного втручання [5]

При емерджентних режимах ситуація змінюється. Зрозуміла вимушеність, проте не все можна виправдати. До того ж привілеї воєнного часу повинні застосовуватися лише тоді, коли переважають умови збройного конфлікту, як це визначено міжнародним правом, а не на основі політичних уподобань.

З боку держави ми зіштовхуємося із обмежуванням прав людини у константі пропорційності та юридичної визначеності самого обмеження (чи було обмеження свободи заявників «необхідним у демократичному суспільстві» і, зокрема, пропорційним індивідуальним обставинам заявників). Це пов'язане із застосуванням права на дерогацію, відповідно закону, а не підзаконним актам; проведенням обшуків, конфіскацій та арештів без судового контролю, необхідного в мирний час; свавіллям при затриманні без пред'явлення обвинувачення: підозрювані, які, як вважається, становлять загрозу національній безпеці, можуть бути затримані на довший термін без пред'явлення офіційних звинувачень (превентивний арешт), не кажучи вже про феномен примусової мобілізації; спостереженням без ордерів і перехоплення комунікацій в ім'я національної оборони; комендантською годиною та обмеженням пересування (контроль пересування цивільного населення в зонах конфлікту або на територіях, що мають стратегічне значення); фільтраційних процедурах у зонах бойових дій, превентивному арешті; зловживанням невизначеністю юрисдикційних повноважень в окупаційних зонах та зонах бойових зіткнень.

До того ж до привілеїв, пов'язаних із детермінованим емерджентністю відступом від прав та свобод можуть бути штучно прикріпленими такі зловживання правом та владою як: дискримінація певних груп населення; різний доступ до правосуддя; нерівність для мешканців окупованих територій; віктимізація біженців та внутрішньо переміщених осіб (ВПО); нерівність у правосудді для колаборантів та зрадників (примат загальної превенції при призначенні покарання); гендерно-обумовлене насильство; корупція при розподілі ресурсів; непропорційність обмежень при конфіскації майна у військових цілях; обмежень у правах громадян країни в контексті квазі-кримінального переслідування, видачі, свавільних повноважень виконавчої влади без належного судового контролю.

Для правопорушників-військових цей особливий режим реалізується у військових привілеях та привілеях учасників бойових дій за Женевськими конвенціями та МГП; пільгах поводження з військовополоненими (право на обмін та звільнення від відбування покарання) умовно-достроковому звільненні від відбування покарання для проходження військової служби за контрактом; звільненні від кримінальної відповідальності за угодами при самовільному залишенні військової частини або дезертирстві; непритягнені до відповідальності у зонах невизначеної юрисдикції. У інших правопорушників привілеї стосуються звільнення від відповідальності за незаконне поводження зі зброєю, захист від переслідування при використанні зброї згідно законодавству про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України, та ін.

Для жертв злочинів воєнний час створює затримки в роботі судової системи, і деякі справи, особливо ті, що стосуються нетяжких злочинів або цивільних спорів, відкладаються на невизначений термін. Це може поставити в невідгідне становище певні групи населення, особливо тих, хто шукає реституції або правосуддя у справах, не пов'язаних з війною. Для жертв воєнних злочинів та злочинів проти людства існують додаткові гарантії в контексті програми захисту жертв, біженців і переміщених осіб; права на компенсацію та використання спеціальних компенсаційних фондів; заборони катувань та нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження; захисту свідків у судових процесах щодо воєнних злочинів; права шукати притулку і захисту, додаткових гарантій безпеки.

Організації громадянського суспільства можуть подавати записки *amicus curiae* у певних судових процесах, займатися збором доказів для міжнародних судових процесів за процедурами документування воєнних злочинів, юридичне представництво вразливих груп населення; адвокації обмеження та оскарження надмірних повноважень держави під час

надзвичайних ситуацій, таких як тривале превентивне ув'язнення.

Таким чином, ми бачимо, що кримінально-правові привілеї є невід'ємною частиною сучасного правового ландшафту. Але в дійсності все залежить від ландшафту. Умови воєнного часу можуть призвести до значних змін у привілеях, пов'язаних з матеріальним кримінальним правом, балансуючи між потребами національної безпеки та індивідуальними правами. Ці зміни відображають ширші правові та етичні рамки, які регулюють поведінку під час конфліктів, наголошуючи на відповідальності за порушення як національного, так і міжнародного права [6].

У повоєнний період часу криміналізація має ґрунтуватися на порушенні прав інших осіб, а не на завданні суспільної шкоди, а патерналістські втручання та зловживання привілеями можна прямо критикувати [7].

Розглянемо у якості case study наступний приклад. У кримінальному праві рівність є антиподом дискримінації. Однак, як і в багатьох інших сферах права прав людини, дуже часто доводиться досягати правильного балансу між конкуруючими аргументами, які на перший погляд є обґрунтованими, але тягнуть у різні боки. Такого балансу можна досягти лише за допомогою принципового, а не довільного підходу, який, зрештою, ґрунтується на концепції гармонічної гідності.

Гармонія забезпечується рівністю впливу при диференціації та індивідуалізації відповідальності. Поруч з цим рівність у кримінальному праві нівелюється виключеннями, привілеями та/або доцільним регулюванням шляхом зловживання правом чи владою. Пам'ятаємо: «Відповідно до положень Конституції України громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Принцип рівності всіх громадян перед законом – конституційна гарантія правового статусу особи, що поширюється, зокрема, на призначення кримінального покарання. Притягнення особи, яка вчинила

злочин, до кримінальної відповідальності не лише означає рівність усіх осіб перед законом, а й передбачає встановлення в законі єдиних засад застосування такої відповідальності» [8].

Наведемо приклад. Відомо, що стаття 79 КК України передбачає звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до семи років. Поруч з цим чинне законодавство (КЗпПУ, ЗУ «Про відпустки») дозволяє вихід у відпустку по догляду за дитиною не лише матері, а й іншій людині. А саме: родичу, який фактично піклується про маля (тато, бабуся та інші); одному з прийомних батьків; опікуну чи усиновлювачу. Отже застосування цього кримінально-правового засобу виключно до жінок певним чином обмежує права членів родини дитини або інших осіб, та не відповідає тренду гендерної рівності в контексті євроінтеграційних процесів України. З метою усунення недоліків реалізації принципу рівності та нейтралізації зловживання привілеєм, пропонується ст. 79 КК України викласти у наступній редакції: «Стаття 79. Звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і осіб, які мають дітей віком до семи років. 1. У разі призначення покарання у виді обмеження волі або позбавлення волі вагітним жінкам або особам, які мають дітей віком до семи років, крім засуджених до позбавлення волі на строк більше п'яти років за тяжкі і особливо тяжкі злочини, а також за корупційні кримінальні правопорушення, кримінальні правопорушення, пов'язані з корупцією, суд може звільнити таких засуджених від відбування як основного, так і додаткового покарання з встановленням іспитового строку у межах строку, на який згідно з законом особу може бути звільнено від роботи у зв'язку з вагітністю, пологами і до досягнення дитиною семирічного віку. 2. У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням вагітних жінок і осіб, які мають дітей віком до семи років, суд покладає на особу обов'язки відповідно до статті 76 цього Кодексу. 3. Нагляд за засудженими здійснюється уповноваженим органом

з питань пробації. 4. Після закінчення іспитового строку суд, залежно від поведінки особи, звільняє її від покарання або направляє для відбування покарання, призначеного вироком. 5. У разі, коли звільнена від відбування покарання з випробуванням особа відмовилася від дитини, передала її в дитячий будинок, зникла з місця проживання, ухиляється від виховання дитини, догляду за нею, не виконує покладених на неї судом обов'язків або систематично вчинює правопорушення, що потягли за собою адміністративні стягнення і свідчать про її небажання стати на шлях виправлення, суд за поданням контролюючого органу направляє засуджену особу для відбування покарання згідно з вироком суду. 6. Якщо засуджена особа вчинила в період іспитового строку нове кримінальне правопорушення, суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими у статтях 71 і 72 цього Кодексу. Примітка: Особами, які мають дітей віком до семи років визнаються мати, батько; один з родичів, який фактично доглядає за дитиною, – дід, баба чи інші родичі (брати, сестри і діти подружжя), особа, яка усиновила чи взяла під опіку дитину; один із прийомних батьків чи батьків-вихователів».

Як було правильно підкреслено: «Положення про верховенство права та рівний захист сумісні з егалітарним правосуддям і позитивно вимагають усунення соціальних ієрархій, а не перешкоджають таким зусиллям» [9]. Таким чином, вважаємо що розвиток теоретичної моделі імунітетів та привілеїв у кримінальному праві має свою перспективу саме з урахуванням досягнення рівності, хоча вона й є принципово нерівною.

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 23 Закону України «Про державну службу», статті 18 Закону України «Про службу в органах місцевого самоврядування», статті 42 Закону

України «Про дипломатичну службу» (справа про граничний вік перебування на державній службі та на службі в органах місцевого самоврядування) від 16 жовтня 2007 року № 8-рп/2007 (абзац другий підпункту 3.3 пункту 3 мотивувальної частини. URL: <https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/310-pryncyp-rivnosti-konstytuciy-nyh-prav-i-svobod-gromadyan-ukrayiny>

2. Конспект лекцій з курсу «Актуальні проблеми теорії держави та права». Пільги, заохочення, стимули та обмеження в праві. Київ, 2014. URL: <https://studies.in.ua/aktualn-problemi-teoryi-derzhavi-ta-prava/3930-plgi-zaohochennya-stimuli-ta-obmezhennya-v-prav.html>

3. ECHR, Case C.R. v United Kingdom, 22 листопада 1995 р., § 42.; Case of Rohlena v. the Czech republic, 27 січня 2015 р § 71.

4. Туляков В. О. Режими кримінально-правового регулювання: від (синергії до емерджентності). *Міжнародна та національна безпека: теоретичні і прикладні аспекти*: матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 17 бер. 2023 р.). Дніпро: ДДУВС, 2023. С. 299–302. DOI: 10.31733/17-03-2023-299-302

5. ECHR, Case Pietrzak and Bychawska-Siniarska and Others v. Poland – 28.05.2024. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-234175>

6. Hrytsiuk, I., Talakh, A., Zavydniak, V., Liudvik, V., & Filipp, A. (2023). Correlation of the principles of criminal law in the conditions of the introduction of martial law. *Cuestiones Políticas*. DOI: <https://doi.org/10.46398/cuestpol.4178.26>.

7. Hörnle, T. (2014). Theories of Criminalization. *Criminal Law and Philosophy*, 10, 301–314. <https://doi.org/10.1007/S11572-014-9307-4>.

8. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 2 листопада 2004 року № 15-рп/2004. URL: <https://ccu.gov.ua/docs/504>

9. Gowder P. (2013). Equal Law in an Unequal World. *Iowa Law Review*, 99, 1021. DOI: <https://doi.org/10.2139/SSRN.2203735>.

Сень І. З. КОЛАБОРАЦІЙНА ДІЯЛЬНІСТЬ У ФОРМІ ПРОВАДЖЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У ВЗАЄМОДІЇ З ДЕРЖАВОЮ-АГРЕСОРом (Ч. 4 СТ. 111-1 КК УКРАЇНИ); ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ КВАЛІФІКАЦІЇ	187
Тернавська А. А. ДЕЯКІ КРИМІНОЛОГІЧНІ ОЗНАКИ ОСІБ, ЯКІ ВЧИНILI НЕЗАКОННЕ ПОВОДЖЕННЯ З РАДІОАКТИВНИМИ МАТЕРІАЛАМИ (СТ. 265 КК УКРАЇНИ)	192
Тимофєєва Л. Ю. ПРОПОРЦІЙНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИМУСУ ДО ОСІБ, ЯКІ ПІДЛЯГАЮТЬ МОБІЛІЗАЦІЇ.....	199
Ткаченко І. М. ВИЗНАННЯ ОСОБИ ПОТЕРПІЛОЮ ВІД ГОТУВАННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ	205
Трофименко Р. В. ЩОДО СТАНУ ТА ПЕРСПЕКТИВ РОЗВИТКУ ІНФОРМАЦІЙНО-АНАЛІТИЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОТИДІЇ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ ТА ЗАГРОЗАМ НАЦІОНАЛЬНІЙ БЕЗПЕЦІ.....	210
Туляков В. О. ПРИВІЛЕЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: ЧАСИ ВІЙНИ.....	231
Харитонов С. О., Рубашенко М. А. ЧИ МОЖЕ БУТИ ЗАСТОСОВАНА СТ. 69-1 КК ДО КОЛАБОРАНТІВ? (НА ПРИКЛАДІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ ЗА Ч. 1 СТ. 111-1 КК)	240
Харитонova О. ПРОТИДІЯ ГЕНДЕРНО ЗУМОВЛЕНОМУ НАСИЛЬСТВУ І ЄВРОІНТЕГРАЦІЙНИЙ ПРОЦЕС	246
Харченко І. Є. НОРМИ ПРО ПЕРЕТИНАННЯ ДЕРЖАВНОГО КОРДОНУ УКРАЇНИ В НЕЗАКОННИЙ СПОСІБ ТА/АБО ЗІ ЗЛОЧИННОЮ МЕТОЮ В ПРОЄКТІ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	252