



Олег Губанов

доктор юридичних наук, професор,
доцент кафедри службового та медичного права
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5427-1821>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/I-1061-2018>
gubanof@ukr.net

DOI: 10.33498/Юш-2022-08-095

УДК 341.3

ПИТАННЯ БАЛАНСУВАННЯ СВОБОДИ ВИРАЖЕННЯ ПОГЛЯДІВ І БЕЗПЕКОВИХ ФАКТОРІВ ПІД ЧАС ВОЄННОГО ТА НАДЗВИЧАЙНОГО СТАНУ

АНОТАЦІЯ. Повномасштабна військова агресія проти України супроводжується і значними та незвичними викликами для її правової системи. Радикальних перетворень має зазнати й національна інформаційна інфраструктура для своєчасного виявлення та ефективного реагування на виклики й загрози в інформаційному просторі. Правова складова інформаційного безпекового середовища за цих умов має розбудовуватися і розвиватися з урахуванням необхідності повсякчасного балансування необхідності застосування стримуючих і репресивних інструментів проти використання населенням інформаційного простору із забезпеченням його конституційного права на свободу вираження поглядів. У світлі цього метою дослідження визначено формулювання та наукове обґрунтування на основі міжнародних стандартів і найкращого зарубіжного досвіду критеріїв для балансування свободи вираження поглядів та обмежувальних заходів, спрямованих на забезпечення безпеки суспільства й захист національних інтересів.

За підсумками дослідження автор обґрунтовує, відступаючи від міжнародно-правових зобов'язань щодо забезпечення прав та основоположних свобод під час воєнного й надзвичайного стану, держава під час ухвалення законодавчих і правозастосовних рішень у конкретних випадках залишається зв'язаною гостротою становища й обов'язком дотримуватись якомога більшого обсягу гарантій прав людини, що є об'єктивно можливими за відповідних обставин й умов у конкретний момент часу, не допускаючи проявів дискримінації, непропорційності та інших порушень. Додатково має з'ясуватися нагальна суспільна потреба в одержанні інформації та забезпечуватись справедливий баланс між правом людини на вираження поглядів та легітимним правом демократичного суспільства захищатись від загроз. Під час вирішення відповідних питань також мають враховуватись, зокрема, напруженість безпекового середовища, реальність і неминучість загрози для суспільства, здатність вираження відповідних поглядів погіршити обстановку, а також роль і функції особи, яка висловлює або поширює твердження чи інформацію й спосіб та засоби, до яких вона вдається. Водночас окремою підставою для безумовного втручання у право на вираження поглядів є антигромадський харак-

© Олег Губанов, 2022

тер відповідних поглядів, що включає пропаганду війни, заклики до насильства, виправдання злочинів проти людства тощо.

Формулювання норми кримінального права про відповідальність за несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення військових формувань України, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану, навіть при тому, що воно передбачає відповідальність за розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка до того вже була незаконно розголошена та є фактично відкритою, не суперечить основним принципам інформаційного законодавства та цілком узгоджується із міжнародними стандартами та зарубіжним досвідом. Встановлюючи винуватість та її ступінь у конкретному випадку, який має ознаки вчинення цього кримінального правопорушення, слід керуватись критеріями правомірності втручання у свободу вираження поглядів, зокрема в умовах воєнного та надзвичайного стану, які напрацював Європейський суд з прав людини.

Ключові слова: свобода вираження поглядів; обмеження свободи вираження поглядів для безпеки суспільства; відступ від зобов'язань під час воєнного та надзвичайного стану; правові наслідки розповсюдження інформації з обмеженим доступом, що була розголошена незаконно.

Повномасштабна військова агресія проти України, спрямована на підриг національної безпеки України, її національних інтересів, ліквідацію української державності та знищення української ідентичності, загострення суспільно-політичної обстановки та гальмування соціально-економічного розвитку на теренах України, супроводжується значними та незвичними викликами для її правової системи. Законодавство та правозастосовна діяльність в Україні є натепер далекими від їх повного пристосування до функціонування в умовах війни. Радикальних перетворень має зазнати й національна інформаційна інфраструктура для своєчасного виявлення та ефективного реагування на виклики і загрози в інформаційному просторі, які можуть бути пов'язані як із проведенням державами-агресорами спеціальних інформаційно-психологічних операцій, так і з деструктивними інформаційними явищами та процесами внутрішнього походження. Правова складова інформаційного безпечного середовища за цих умов має розбудовуватися і розвиватися з урахуванням необхідності повсякчасного балансування необхідності застосування стримуючих і репресивних інструментів проти використання населенням інформаційного простору із забезпеченням його конституційного права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, що є вкрай складним завданням для суб'єктів правотворчості та суб'єктів публічного адміністрування із повноваженнями в інформаційній сфері. Для оптимального врегулювання правозастосовних ситуацій наукова спільнота має запропонувати цим суб'єктам комплекс конкретних і зрозумілих критеріїв для ухвалення законодавчих і владних управлінських рішень на основі міжнародних стандартів та найкращого зарубіжного досвіду для того, щоб посилити спроможність

держави належним чином протидіяти інформаційній агресії з метою захисту національної безпеки та реалізації національних інтересів України з одночасною підтримкою цінностей демократичного суспільства.

Обмежений обсяг статті та фундаментальний характер проблеми обумовлює необхідність використання показового зразка законодавчого регулювання збирання, одержання, зберігання, використання, поширення інформації під час війни, застосування якого нерідко супроводжуватиметься вирішенням питань, окреслених вище. Цим законодавчим положенням визначено за доцільне обрати нещодавно введена в дію кримінально-правову норму про відповідальність за несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення військових формувань України, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану.

Питання співвіднесення обмежень на інформаційну діяльність, викликаних екзистенційними загрозами для суспільства, зі свободою слова як однією з основоположних демократичних цінностей достатньо ґрунтовно досліджувалося у наукових працях. У контексті законодавчих формулювань і перспектив застосування викладеного вище кримінально-правового припису з-поміж наукового доробку особливу увагу привертають напрацювання експертів Головного науково-експертного управління апарату Верховної Ради України, а також деяких правників-практиків, таких як Д. Овчаров. Однак на цей момент залишається незадоволеною потреба у виробленні комплексу конкретних і зрозумілих критеріїв для оцінки правомірності втручання у свободу вираження поглядів особи, які мають формальні ознаки несанкціонованого поширення інформації про наведені вище елементи діяльності та забезпечення діяльності військових формувань України, через визнання відповідного її діяння кримінальним правопорушенням і призначення їй кримінальних покарань.

Метою дослідження є формулювання та наукове обґрунтування на основі міжнародних стандартів і найкращого зарубіжного досвіду критеріїв для балансування свободи вираження поглядів та обмежувальних заходів, спрямованих на забезпечення безпеки суспільства й захист національних інтересів, на прикладі положень законодавства України про кримінальну відповідальність за розповсюдження інформації про направлення, переміщення міжнародної військової допомоги в Україну, а також інформації про переміщення, рух або розташування Збройних Сил України (далі – ЗСУ) чи інших військових формувань України.

Насамперед у викладеному вище контексті слід зауважити, що міжнародно-правові зобов'язання щодо забезпечення прав людини та основоположних свобод є чутливими до змін геополітичного становища держави-учасниці відповідного міжнародно-правового документа. Настання надзвичайних обставин, які масштабними та незворотними наслідками

загрожують національній безпеці, життю, здоров'ю населення, відповідно до універсальних засад міжнародного права, можуть бути підставою для тимчасового послаблення стандартів захисту прав людини зі збільшенням меж допустимого втручання у них із боку держави для досягнення доцільних для суспільства цілей. Вкрай важливо при цьому усвідомлювати й те, що винятковість умов функціонування держави за цих надзвичайних обставин за жодних умов не може бути безумовним виправданням будь-якого деструктивного впливу на права людини, якщо цей вплив не обумовлений цими самими надзвичайними обставинами. Інакше кажучи, за міжнародними стандартами запровадження воєнного стану та ведення на частині території держави бойових дій допускають лише ті обмеження, які випливають із цих надзвичайних обставин та спрямовані на усунення пов'язаних із ними загроз і негативних наслідків, а також зміцнення безпеки й покращення добробуту суспільства іншим чином із мінімальним необхідним ступенем втручання у права з людини.

Зокрема, ознайомившись із приписами ст. 4 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, зазначимо, що за її змістом під час надзвичайного становища в державі, при якому життя нації перебуває під загрозою і про наявність якого офіційно оголошується, держави-учасниці цього пакту можуть вживати заходів на відступ від своїх зобов'язань за цим пактом тільки в такій мірі, в якій це диктується гостротою становища, при умові, що такі заходи не є несумісними з іншими їхніми зобов'язаннями за міжнародним правом і не тягнуть за собою дискримінації виключно на основі раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи соціального походження¹. Так само згідно зі ст. 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом. Це положення не може бути підставою для відступу від ст. 2 (право на життя), крім випадків смерті внаслідок правомірних воєнних дій, і від ст. 3 (заборона катування), ч. 1 ст. 4 (тримання в рабстві або в підневільному стані) і ст. 7 (ніякого покарання без закону) Конвенції².

Розвиваються та конкретизуються наведені вище положення Конвенції у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справах, у яких порушувалося питання про дотримання державами підстав і меж обмежень прав та основоположних свобод під час надзвичайних обста-

¹ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_043> (дата звернення: 25.04.2022).

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 25.04.2022).

вин із загальнонаціональною екзистенційною загрозою. Зокрема, за матеріалами виданого цією міжнародною судовою установою аналітичного дослідження його практики тлумачення та застосування ст. 15 Конвенції питання щодо того, чи існує виняткова загальнонаціональна небезпека, лежить у межах свободи розсуду держав, які є широкими, але супроводжуються наглядом ЄСПЛ. При цьому умова про масштабні та невідворотні екзистенційні наслідки для суспільства не має тлумачитись так, ніби вона вимагає від держави чекати на їх реальне настання перед запровадженням надзвичайних заходів із вимушеним обмеженням деяких прав та основоположних свобод³.

Визначаючи межі розширених повноважень представників влади щодо втручання у реалізацію прав та основоположних свобод, закріплених Конвенцією, у справі “Ірландія проти Сполученого Королівства” ЄСПЛ вказав на те, що держава має самостійно визначити, наскільки інтенсивними мають бути заходи втручання для усунення надзвичайних загроз, і має широкий обсяг дискреції з урахуванням її безпосереднього та безперервного знання про нагальні потреби екстраординарного втручання (“Ірландія проти Сполученого Королівства”, заява № 5310/71, п. 207)⁴. Однак згідно з буквальним розумінням положень Конвенції влада держави не є абсолютною та ЄСПЛ має повноваження перевіряти відповідність обмежувальних заходів гостроті становища. Вважається, що навіть за надзвичайних обставин держава має враховувати, що будь-яке втручання має бути спрямованим на захист демократичного правопорядку від загроз для нього та мають докладатись усі необхідні зусилля для забезпечення поваги до цінностей демократичного суспільства, із-поміж яких, зокрема, плюралізм, толерантність і широкоглядність. Вивчаючи питання про дотримання меж або її вихід за межі допустимого втручання за надзвичайних обставин, ЄСПЛ зважає на декілька факторів, серед яких: природа прав, у які відбувалося втручання, конкретні обставини та тривалість існування надзвичайних обставин, які загрожували життю нації. Зокрема, розглядаючи справи цієї категорії, ЄСПЛ, беручи до уваги насамперед умови вжиття відповідних заходів втручання на сам момент втручання, перевіряє: 1) чи було б достатньо звичайного правового режиму для подолання небезпеки, яка була викликана надзвичайною ситуацією; 2) чи є обмежені заходи реакцією саме на надзвичайну ситуацію; 3) чи може уряд продемонструвати, що існує достатній зв’язок між оскаржуваним випадком і підставою для відступу від зобов’язань, на який посилається держава; 4) чи є відступ обмеженим об’єктивними обставинами, що характеризують ступінь небезпеки для суспільства та

³ Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights: Derogation in time of emergency (European Court of Human Rights 2021) <https://www.echr.coe.int/documents/fs_derogation_eng.pdf> (accessed: 25.04.2022).

⁴ Ireland v. the United Kingdom, no. 5310/71, 1978, A 25. The European Court of Human Rights <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>> (accessed: 25.04.2022).

наведені причини на його підтвердження; 5) чи заходи втручання супроводжувались гарантіями з найбільш можливим обсягом (достатнім судовим контролем тощо), наприклад, чи задоволені мінімальні вимоги щодо “обґрунтованості” підозри, що виправдовує затримання; 6) пропорційність заходів і допущення дискримінації під час застосування обмежувальних заходів; 7) чи приводилася ступінь інтенсивності втручання у права у відповідність до динаміки зміни ступеня небезпеки, що випливає з надзвичайних обставин⁵.

Наприклад, досвід вирішення міжнародною судовою установою справ про правомірність державного втручання у реалізацію прав та основоположних свобод в умовах воєнного або надзвичайного стану та після подання державами заяв про тимчасовий відступів від зобов’язань за Конвенцією показує, що ЄСПЛ не констатував порушення за обставин, коли відбувалося звільнення державних службовців, які підозрюються у причетності до державного перевороту, за спрощеною процедурою. Водночас були визнані такими, що не виправдовуються надзвичайними обставинами та відступом від зобов’язань за Конвенцією, зокрема, затримання особи без будь-яких фактичних і правових підстав на підтвердження правомірності затримання, а також повна відмова національних судів від судового контролю над незаконними діями та рішеннями органів влади за можливості судів функціонувати у штатному режимі⁶.

Таким чином, відступаючи від міжнародно-правових зобов’язань щодо забезпечення прав та основоположних свобод під час воєнного та надзвичайного стану, держава під час ухвалення законодавчих і правозастосовних рішень у конкретних випадках залишається зв’язаною гостротою становища й обов’язком дотримуватись якомога більшого обсягу гарантій прав людини, що є об’єктивно можливими за відповідних обставин й умов у конкретний момент часу, не допускаючи проявів дискримінації, непропорційності та інших порушень.

Взявши до уваги зазначені правила вжиття обмежувальних заходів під час надзвичайних обставин, звернемося до положень Конвенції, які закріплюють основоположне для інформаційної діяльності право на свободу вираження поглядів.

Так, право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань знайшли своє відображення у приписах ст. 10 Конвенції, за якою кожен має право на свободу вираження поглядів, що включає свободу дотримуватись своїх поглядів, одержувати і передавати інформацію та ідеї без втручання органів державної влади і незалежно від кордонів. Водночас закріплюється й те, що здійснення цих свобод, оскільки воно пов’язане з обов’язками і відповідальністю, може підлягати таким формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що вста-

⁵ Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights (n 3).

⁶ Ibid.

новлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету й безсторонності суду⁷.

Зважаючи на те, що принципи та правові позиції, які напрацьовуються під час тлумачення і застосування Конвенції ЄСПЛ як інституцією, яка зосереджує у собі найбільш авторитетну та компетентну частину континентального правового співтовариства зі спеціалізацією на розробленні й забезпеченні максимального темпу прогресу стандартів захисту прав людини, збалансованих з інтересами суспільства, а також враховуючи обов'язковість цих стандартів для судів України, ці зразки праворозуміння мають великий інтерес для дослідження меж свободи вираження поглядів під час воєнного або надзвичайного стану.

Насамперед ЄСПЛ послідовно наголошує на тому, що поняття “національна безпека” та “громадська безпека” мають застосовуватись стримано та виважено й застосовуватись лише там, де було доведено, що це з урахуванням всіх фактичних обставин справи необхідно для придушення розкриття інформації з метою захисту національної безпеки та громадської безпеки. Справедливий баланс має дотримуватись між фундаментальним правом людини на вираження поглядів і легітимним правом демократичного суспільства захищатись від загроз. Зокрема, на користь недопустимості втручання у свободу вираження поглядів навіть в умовах загрози терористичного або воєнного характеру можуть свідчити нагальна суспільна потреба в одержанні інформації, зокрема журналістських публікацій з обвинуваченням працівників правоохоронних органів у насильстві або про деталі розслідувань насильства проти працівників правоохоронних органів. При цьому, визначаючи, чи переважає дотримання свободи вираження поглядів безпековий суспільний інтерес, який обумовлює необхідність обмеження цієї свободи у конкретній ситуації, ЄСПЛ враховує, з-поміж іншого: 1) політичне та соціальне середовище, зокрема напруженість обстановки, яка може бути викликана бойовими діями у регіоні; 2) реальність і неминучість загрози для суспільства; 3) здатність вираження поглядів погіршити обстановку, посиливши ступінь загрози безпеці суспільства, зокрема провокацією насильства до працівників правоохоронних органів; 4) роль і функції особи, яка формулює або поширює певну інформацію, зокрема, чи є особа публічним діячем або з інших причин має значний вплив на суспільну думку; 5) спосіб і засоби поширення тверджень та інформації, насамперед із точки зору охоплення ними осіб, які їх сприймають, їх здатності бути доступними завжди; 6) наявність під-

⁷ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (н 2).

став вважати погляди, які висловлюються, такими, що суперечать правам людини (заклики до насильства, пропаганда війни, заперечення Голокосту, використання незаконних символів, зокрема й нацистських, тощо); 7) чи не є інформація завідомо неправдивою⁸.

Також ЄСПЛ у висновках із питання обмеження свободи висловлення поглядів з міркувань національної безпеки закликає держави до стриманості, вдаючись до кримінального переслідування за вираження поглядів, особливо якщо є інші не менш ефективні заходи реагування на інформаційні загрози. Все ж наголошується на тому, що держава як основний гарант безпеки суспільства має сама обирати оптимальні для цього заходи, не допускаючи значних ексцесів (“Арслан проти Туреччини”, заява № 23462/94, пункти 49–50)⁹.

Таким чином, поруч із правилами вжиття обмежувальних заходів під час надзвичайних обставин у процесі визначення меж свободи вираження поглядів під час воєнного або надзвичайного стану має з’ясовуватись нагальна суспільна потреба в одержанні інформації та забезпечуватись справедливий баланс між правом людини на вираження поглядів і легітимним правом демократичного суспільства захищатись від загроз. Під час вирішення відповідних питань враховуватись мають, зокрема, напруженість безпекового середовища, реальність і неминучість загрози для суспільства, здатність вираження відповідних поглядів погіршити обстановку, а також роль і функції особи, яка висловлює або поширює твердження чи інформацію та спосіб і засоби, до яких вона вдається. Водночас окремою підставою для безумовного втручання у право на вираження поглядів є антигромадський характер відповідних поглядів, що включає пропаганду війни, заклики до насильства, виправдання злочинів проти людства тощо.

Продовжуючи дослідження, маємо підстави констатувати, що наведені критерії балансування свободи вираженням поглядів із національною безпекою під час воєнного та надзвичайного стану мають застосовуватись, із-поміж деяких інших питань, під час правової оцінки діянь, які підпадають під ознаки нещодавно запровадженого у Кримінальний кодекс України (далі – КК України)¹⁰ складу злочину, який полягає у розповсюдженні інформації про направлення, переміщення міжнародної військової допомоги в Україну, а також інформації про переміщення, рух або розташування ЗСУ чи інших військових формувань України. За відповідними кримінально-правовими нормами покарання тягнуть за собою:

⁸ Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights. Freedom of expression (*European Court of Human Rights*, 2021) <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf> (accessed: 25.04.2022).

⁹ Arslan v. Turkey [GC], no. 23462/94, 8 July 1999. The European Court of Human Rights. <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58271>> (accessed: 25.04.2022).

¹⁰ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 25.04.2022).

– поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, у тому числі про їх переміщення територією України, якщо така інформація не розміщувалася (не поширювалася) у відкритому доступі Генеральним штабом (далі – ГШ) ЗСУ, Міністерством оборони України (далі – Міноборони України), Головним управлінням розвідки (далі – ГУР) Міноборони України чи Службою безпеки України (далі – СБУ) або в офіційних джерелах країн-партнерів, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану;

– поширення інформації про переміщення, рух або розташування ЗСУ чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, за можливості їх ідентифікації на місцевості, якщо така інформація не розміщувалася у відкритому доступі ГШ ЗСУ, Міноборони України або іншими уповноваженими державними органами, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст. 114² КК України).

Крім того, під час осмислення викладених вище положень увагу наукового та експертного співтовариства привернуло встановлення ними відповідальності за подальше поширення інформації з обмеженим доступом, яка до того вже була незаконно розголошена та є фактично загальнодоступною.

Зокрема, формулювання положення про відповідальність за несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення військових формувань України, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану, було розкритиковане експертами Головного науково-експертного управління апарату Верховної Ради України. За їхніми твердженнями, текст цієї кримінально-правової норми має бути сформульований таким чином, щоб відповідальності за відповідні дії підлягала саме та особа, внаслідок дій якої відповідна інформація потрапила у відкритий доступ і стала доступна ворогу. З огляду на це відповідальності, на переконання групи експертів, підлягатиме лише той, хто першим розповсюдив відповідну інформацію (наприклад, виклав її у відкритий доступ). Притягнення ж особи до відповідальності за вторинне поширення (тобто поширення інформації, яка уже і так є у відкритому доступі) виглядає не виправданим, оскільки така особа поширює інформацію, яка фактично уже не становить таємниці¹¹. Такого самого погляду дотримується Д. Овчаров, зауважуючи, що чинна редакція має бути виправлена, оскільки відповідальності повинна підлягати особа, яка вперше вчинила публічне висвітлення забороненої інформації, а не особи,

¹¹ Висновок на проект Закону України “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому розповсюдженню інформації про направлення, переміщення міжнародної військової допомоги в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших військових формувань України, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану” (Головне науково-експертне управління Верховної Ради України, 2022) <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1248244>> (дата звернення: 25.04.2022).

які фактично вдруге або втретє розповсюдили дані, що вже перебувають у публічному доступі¹².

Викладена позиція узгоджується з аналізом інформаційного законодавства України. Зокрема, за змістом п. 1 ч. 1 ст. 35 Закону України “Про інформаційні агентства”

інформаційне агентство, суб’єкти діяльності інформаційних агентств не несуть відповідальності за розповсюдження інформації, яка, зокрема, являє собою зловживання свободою діяльності інформаційних агентств і правами журналіста, якщо ця інформація:

1) одержана від інших інформаційних агентств або засобів масової інформації і є дослівним відтворенням матеріалів, опублікованих цими агентствами чи засобами масової інформації, та якщо вони були спростовані відповідно до статті 33 цього Закону¹³.

Водночас аналіз міжнародно-правових джерел і зарубіжного досвіду правового регулювання питань відповідальності за подальше поширення незаконно розголошеної інформації з обмеженим доступом показує, що єдиного та категоричного підходу до визначення правових наслідків таких дій на цей момент немає.

Насамперед звернемо увагу на те, що в усталеній правовій позиції ЄСПЛ щодо значення попереднього незаконного розголошення інформації з обмеженим доступом для визначення правових наслідків її наступного поширення ідеться про те, що немає необхідності запобігати поширенню інформації, яка вже була оприлюднена або перестала бути таємною. Якщо інформація з обмеженим доступом була розповсюджена із-поміж значного кола людей та коментувалася засобами масової інформації, застосування звичайних санкцій за розголошення відомостей, які вважаються конфіденційними, таємними або службовими, не може бути необхідним для досягнення мети, якій вони мають служити (*Vereniging Weekblad Bluf!*, заява № 16616/90, пункти 44–45)¹⁴. Водночас у справі “Олексій Овчінніков проти Росії” зазначена міжнародна судова установа зауважила, що за деяких обставин обмеження подальшого розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка увійшла у публічний інформаційний простір, може бути виправданим, наприклад, для запобігання поширенню подробиць приватного життя людини, жодна частина

¹² Д. Овчаров, ‘Кримінальна відповідальність під час воєнного стану: законодавчі новели’ (*Uba.ua*, 25.03.2022) <<https://uba.ua/ukr/news/9115>> (дата звернення: 25.04.2022).

¹³ Про інформаційні агентства: Закон України від 28 лютого 1999 р. № 74/95-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/74/95-%D0%B2%D1%80/conv>> (дата звернення: 25.04.2022).

¹⁴ *Vereniging Weekblad Bluf! v. the Netherlands*, no. 16616/90, 9 February 1995. The European Court of Human Rights <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57915>> (accessed: 25.04.2022).

якого не лежить у рамках предмета політичного або публічного обговорення щодо питання зі значним ступенем важливості для суспільства¹⁵.

Так само, відповідно до ст. 798 розділу 18 Кодексу законодавства Сполучених Штатів Америки, будь-яка особа, яка умисно повідомляє, передає в опрацьованому вигляді, перенаправляє або іншим чином робить доступною неуповноваженій особі або публікує чи використовує будь-яким способом на шкоду національним інтересам США або на користь урядів зарубіжних держав інформацію з обмеженим доступом, що має розвідувальний або контррозвідувальний характер, буде покарана штрафом та/або ув'язненням строком не більше 10 років із конфіскацією або без такої¹⁶. Водночас, незважаючи на аналогічну безумовну заборону розголошення або розповсюдження інформації з обмеженим доступом без повноваження на це, яка передбачена Актом Сполученого Королівства про офіційну секретну інформацію, за ч. 4 ст. 7 цього нормативно-правового акта особа, яка обвинувачується у вчиненні такого правопорушення, може захищатися аргументом про те, що на момент вчинення відповідного діяння вона мала право розголошувати або розповсюджувати інформацію з обмеженим доступом і не має розумного сумніву щодо цього права¹⁷.

Крім того, окрема частина аналітичного дослідження Британського відділення *Transparency International* присвячена наслідкам незаконного розголошення інформації з обмеженим доступом для її правового режиму. За підсумками опрацювання законодавства багатьох європейських та інших держав, фахівці цієї організації констатували, що жодне з досліджених положень законів про державну таємницю не вказують на ці наслідки, обмежуючись встановленням обов'язку утриматись від подальшого розповсюдження та повернути носії інформації уповноваженим особам. Одним із небагатьох умовних винятків є Нова Зеландія, у якій затверджено офіційне керівництво для органів влади, за яким вони мають автоматично понижати ступінь секретності інформації, яка стала загальнодоступною. Самі фахівці Британського відділення *Transparency International* рекомендують усунути правову невизначеність щодо цього аспекту, запровадивши конкретні та зрозумілі законодавчі правила щодо юридичної долі інформації з обмеженим доступом, яка стала публічною внаслідок її незаконного розголошення, та встановити, що вона з того часу має вважатись відкритою¹⁸.

¹⁵ Aleksey Ovchinnikov v. Russia, no. 24061/04, 16 December 2010. The European Court of Human Rights <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102322>> (accessed: 25.04.2022).

¹⁶ 18 U.S. Code § 798 – Disclosure of classified information (Legal Information Institute 2022) <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/798>> (accessed: 25.04.2022).

¹⁷ Official Secrets Act 1989: UK Public General Act of 11th May 1989 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/6?view=extent>> (accessed: 25.04.2022).

¹⁸ Transparency International UK. Classified Information. A review of current legislation across 15 countries & the EU Defence and Security Programme (2014) <<http://ti-defence.org/wp-content/uploads/2016/03/140911-Classified-Information.pdf>> (accessed: 25.04.2022).

Висновки. Відступаючи від міжнародно-правових зобов'язань щодо забезпечення прав та основоположних свобод під час воєнного та надзвичайного стану, держава під час ухвалення законодавчих і правозастосовних рішень у конкретних випадках залишається зв'язаною гостротою становища й обов'язком дотримуватись якомога більшого обсягу гарантій прав людини, що є об'єктивно можливими за відповідних обставин й умов у конкретний момент часу, не допускаючи проявів дискримінації, непропорційності та інших порушень. Додатково має з'ясовуватись нагальна суспільна потреба в одержанні інформації та забезпечуватись справедливий баланс між правом людини на вираження поглядів і легітимним правом демократичного суспільства захищатись від загроз. Під час вирішення відповідних питань також мають враховуватись, зокрема, напруженість безпекового середовища, реальність і неминучість загрози для суспільства, здатність вираження відповідних поглядів погіршити обстановку, а також роль і функції особи, яка висловлює або поширює твердження чи інформацію та спосіб і засоби, до яких вона вдається. Водночас окремою підставою для безумовного втручання у право на вираження поглядів є антигромадський характер відповідних поглядів, що включає пропаганду війни, заклики до насильства, виправдання злочинів проти людства тощо.

Формулювання норми кримінального права про відповідальність за несанкціоноване поширення інформації про направлення, переміщення зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення військових формувань України, вчинене в умовах воєнного або надзвичайного стану, навіть при тому, що воно передбачає відповідальність за розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка до того вже була незаконно розголошена та є фактично відкритою, не суперечить основним принципам інформаційного законодавства та цілком узгоджується із міжнародними стандартами та зарубіжним досвідом. Встановлюючи винуватість та її ступінь у конкретному випадку, який має ознаки вчинення цього кримінального правопорушення, слід керуватись критеріями правомірності втручання у свободу вираження поглядів, зокрема й в умовах воєнного та надзвичайного стану, які напружував ЄСПЛ.

REFERENCES

Bibliography

Websites

1. Ovcharov D, 'Kryminalna vidpovidalnist pid chas voiennoho stanu' (*Ukrainian Bar Association*, 25.03.2022) <<https://uba.ua/ukr/news/9115>> (accessed: 25.04.2022) (in Ukrainian).

Oleh Hubanov

STRIKING BALANCE BETWEEN THE FREEDOM OF EXPRESSION
AND SECURITY FACTORS DURING WARTIME
AND EMERGENCY STATE

ABSTRACT. Full-scale military aggression against Ukraine is accompanied by significant and unusual challenges for its legal system. The national information infrastructure is about to undergo radical changes in order to timely identify and effectively respond to challenges and threats in the information space. Under these conditions, the legal component of the information security environment should be deployed and developed taking into account the necessity to constantly strike a balance between the need to use deterrent and repressive instruments against the use of information space for the sake of national security while ensuring the constitutional right to freedom of expression. In light of this, the aim of the study is to suggest and substantiate with regard to international standards and best foreign experience a set of criteria for balancing freedom of expression and restrictive measures designated to ensure public safety and protect national interests.

According to the results of the study, the author states that, when derogating from international legal obligations to ensure rights and fundamental freedoms during martial law and state of emergency, the state in making legislative and law enforcement decisions in specific cases remains bound by the severity of the situation as well as by the obligation to keep in as many guarantees of human rights as possible, which are objectively possible under the relevant circumstances and conditions at a particular time, meanwhile preventing discrimination, disproportion and other violations. In addition, a due weight is to be given to the urgent public need for information and a fair balance must be struck between the freedom of expression and the legitimate right of a democratic society to protect itself from threats. Relevant matters should also be considered, inter alia, the degree of tension in a security environment, the reality and imminence of a threat, the potential of relevant views to aggravate the situation, the role and functions of the person making or disseminating allegations or information. At the same time, a separate reason for unconditional interference with the freedom of expression is the anti-social nature of the views, which include propaganda for war, inciting violence, justification of crimes against humanity etc.

Norms of criminal law on liability for unauthorized dissemination of information on the direction, movement of weapons and ammunition to Ukraine, movement, relocation or deployment of military formations of Ukraine, committed under martial law or state of emergency, even if it involves liability for dissemination of such information, which has previously been illegally disclosed and is in fact open, does not contradict the basic principles of information law and is fully consistent with international standards and foreign experience. Determining the guilt and its degree in a particular case a court should be guided by the afore-mentioned ECHR-developed criteria of lawfulness of interference with freedom of expression, including during wartime and state of emergency.

KEYWORDS: freedom of expression; restriction of freedom of expression for the national security purposes; derogation in time of emergency; legal consequences of disseminating illegally disclosed restricted information.