

## ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

### ВІДПОВІДАЛЬНИМИ ЗА АКТ АГРЕСІЇ МОЖУТЬ БУТИ ОСОБИ, ЩО ФОРМАЛЬНО НЕ ЗАЙМАЮТЬ БУДЬ-ЯКИХ ДЕРЖАВНИХ ПОСАД, ОДНАК ПРИ ЦЬОМУ СПРОМОЖНІ ЗДІЙСНЮВАТИ КОНТРОЛЬ ТА КЕРУВАТИ ВІЙСЬКОВО-ПОЛІТИЧНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ ДЕРЖАВИ НА НАЙВИЩОМУ РІВНІ\*

<...>

Положення ст. 437 КК України в чинній редакції забороняють тип поведінки, що називається планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій (ч. 1), та ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій (ч. 2).

Таке формулювання диспозицій першої та другої частин зазначеної норми не містить жодних обмежень чи додаткових ознак суб'єкта кримінального правопорушення. Разом із тим, з огляду на характер (суть) кримінального правопорушення, є дискусійним питання про те, чи можуть бути його суб'єктами, окрім осіб, які спроможні фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними, також інші особи, безпосередньо задіяні за наказами у заходах щодо виконання дій, передбачених цією статтею, як співучасники.

У теорії кримінального права серед науковців існує два протилежних підходи щодо визначення суб'єкта зазначеного кримінального правопорушення.

Так, деякі науковці вважають, що при вирішенні зазначеного питання слід виходити з того, що заборона дій, про які йдеться у ст. 437 КК України, має міжнародно-правову генезу, оскільки в кінцевому підсумку є відображенням того, що згідно з чинним міжнародним правом, зокрема за звичаєвим міжнародним правом, агресія визнається так званим злочином за міжнародним правом, а одним із її проявів є агресивна війна.

Міжнародно-правова заборона злочину агресії на всіх етапах розвитку міжнародного кримінального права стосувалася вкрай обмеженого кола суб'єктів. *На сучасному етапі розвитку міжнародного кримінального права, як і на попередніх, цей злочин вважається лідерським і його суб'єктом є особа, яка спроможна фактично здійснювати контроль за політичними*

www.pravoua.com.ua

\* Ухвала колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 3 лютого 2022 р. у справі № 415/2182/20 (витяг) <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/103466917>> (дата звернення: 29.05.2023).

ВІДПОВІДАЛЬНИМИ ЗА АКТ АГРЕСІЇ МОЖУТЬ БУТИ ОСОБИ, ЩО ФОРМАЛЬНО НЕ ЗАЙМАЮТЬ БУДЬ-ЯКИХ...

*ми та військовими діями держави або керувати ними* (ст. 8bis Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 1998 року). Разом із цим вичерпний перелік осіб, що потенційно можуть відповідати за злочин агресії не визначений, чим забезпечується можливість вирішення питання про те, чи є конкретна особа відповідальною за злочин агресії з огляду на контекст конкретної справи, зокрема особливості державного та суспільного устрою у відповідній країні. Як наслідок, *відповідальними за акт агресії можуть бути й особи, що формально не займають будь-яких державних посад, однак при цьому спроможні здійснювати контроль та керувати військово-політичною діяльністю держави на найвищому рівні.*

Тому науковці вважають, що з огляду на ті міжнародно-правові зобов'язання, які породжує для України безпосередня криміналізація агресії за міжнародним правом, кримінально-правова заборона цього типу поведінки за кримінальним законодавством України також повинна поширюватися лише на зазначених вище осіб. При цьому науковці не вбачають переконливих підстав вважати, що положення ст. 437 КК України поширюються на більш широке коло суб'єктів, оскільки ніщо у тексті зазначеної норми на це буквально не вказує. До того ж у диспозиції цієї статті поведінка особи описується у термінах (“планування агресивної війни”, “підготовка агресивної війни”, “розв'язування агресивної війни”, “ведення агресивної війни”), які в міжнародному праві нерозривно пов'язані з лідерським характером злочину агресії. Тому, зважаючи на міжнародно-правову генезу положень ст. 437 КК України, суб'єкт планування, підготовки, розв'язування та ведення агресивної війни за кримінальним законодавством України, на думку науковців, є спеціальним, а саме таким суб'єктом є особа, яка спроможна фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними. До того ж, з огляду на викладене вище, визнання вірним протилежного підходу чи то того, що положення ст. 437 КК України поширюються на осіб, що є загальними суб'єктами кримінального правопорушення ч. 1 ст. 18 КК України, чи то того, що згадані положення поширюються на більш широке коло суб'єктів, ніж міжнародно-правова заборона агресії, – мало б наслідком такий стан речей, за якого засудження за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ст. 437 КК України, особи, на яку нібито поширюється положення останньої, але не поширюється міжнародна кримінально-правова заборона агресії (наприклад, особи, що займає найнижчу ланку в командному ланцюгу збройних сил держави, яка вчинила акт агресії) було б явно несумісним з вимогою визначеності кримінального закону, яка впливає зі ст. 8 Конституції України та ст. 7(1) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 1950 року.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 5 • 194-199

Науковці зауважують, що у міжнародному праві не встановлено і не конкретизовано коло осіб, які можуть учинити злочини агресії, однак ключовою характеристикою суб'єкта вважається здатність здійснювати контроль або керівництво, участь у діяльності, що становить виняткову важливість для підготовки, розв'язування, ведення агресивної війни. Для того щоб визначити, чи перебувала та чи інша особа під таким контролем, виправданим може бути застосування стосовно груп осіб, організованих за воєнним принципом критерію “загального контролю” (не просто постачання зброї, техніки чи фінансування, а координація державою військових операцій, внесення вкладу в загальне планування, нехай хоч і без віддання наказів про вчинення конкретних діянь), а стосовно фізичних осіб та груп, не організованих за воєнним принципом критерію “ефективного контролю” (видача конкретних наказів, інструкцій). Указані критерії закріплені в рішенні Апеляційної палати Трибуналу по колишній Югославії стосовно “воєнних злочинів”, в якому було детально розглянуто питання про умови присвоєння поведінки фізичної особи державі, а також в ранніх рішеннях МКС. Зазначений підхід був фактично втілений у формулюванні “злочину агресії” прийнятих змін до РС МКС, у ст. 8bis якого вказується: ‘Для цілей цього Статуту “злочин агресії” означає планування, підготовку, ініціювання або здійснення особою, яка у стані фактичного здійснення керівництва або контролю за політичними або воєнними діями держави, акта агресії, який в силу свого характеру, серйозності та масштабів є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй’. Саме тому особи, що не мають зазначеної можливості, не можуть відповідати за ст. 437 КК України навіть з посиланням на підставі ч. 2 ст. 29 КК України.

Згідно з іншим науковим підходом суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 437 КК України, є загальним, тобто нести кримінальну відповідальність за його вчинення може будь-яка особа, що відповідає вимогам суб'єкта злочину. Обґрунтовуючи таку позицію, науковці посилаються на те, що у чинних міжнародно-правових актах не встановлено обмежень щодо кола осіб, які можуть учинити такий злочин. Участь у змові на вчинення цього кримінального правопорушення означає участь у досягненні попередньої домовленості кількох осіб щодо спільних дій, спрямованих на досягнення загальної мети планування, підготовка розв'язування або ведення агресивної війни чи воєнного конфлікту; або приєднання до такої домовленості після її досягнення іншими особами. На думку науковців, у практиці така змова переважно призводить до створення організованих груп чи злочинних організацій, а приєднання до змови виражається у входженні до них та подальшій участі у них. Виходячи з цього, приєднатися до зазначеної вище домовленості можуть будь-які особи, а тому їх поведінка охоплюється об'єк-

тивною стороною зазначеного злочину. Якщо визнавати суб'єктами планування, підготовки, розв'язування і ведення агресивної війни лише осіб, які займають вищі державні посади або фактично здійснюють керівництво чи контроль за політичними або воєнними діями держави, то поза правовою оцінкою залишаються дії безпосередніх виконавців наказів про вчинення будь-якої з перелічених дій (зокрема працівники штабів, службовці різноманітних рівнів і рангів, звичайні люди).

*У відповідь на запит до Науково-консультативної ради при Верховному Суді надійшло два наукових висновки. З Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса надійшов науковий висновок професора ОСОБА\_18, згідно з яким суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 437 КК України, виходячи зі змісту диспозиції, є загальним, а відповідальність за участь у змові, що спрямована на планування, підготовку, підготовку агресивної війни, ведення агресивних воєнних дій може нести будь-яка особа, що має ознаки загального суб'єкта кримінального правопорушення. Натомість професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент ОСОБА\_19 у науковому висновку зазначив протилежне що суб'єкт цього кримінального правопорушення є спеціальним; з огляду на чинне міжнародне право ним є особа, яка спроможна фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними.*

<...>

Аналіз судової практики судів першої та апеляційної інстанцій свідчить про неоднакове застосування положень ст. 437 КК України.

Так, Дніпровський апеляційний суд ухвалою від 24 січня 2022 року у справі №426/1211/17 скасував вирок місцевого суду, за яким особу засуджено за ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 437 КК України та призначив новий розгляд у суді першої інстанції. Вирішуючи питання про доведеність винуватості особи, цей суд в ухвалі виходив із того, суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого ст. 437 КК України, загальний. Проте у перших трьох формах, а також у п'ятій, якими характеризується об'єктивна сторона злочину, цей злочин може вчинюватися, як правило, лише службовою особою ЗС чи інших військових формувань України або службовою особою вищого органу державної влади чи центрального органу державної виконавчої влади, яка за своїми повноваженнями фактично може спланувати, підготувати чи розв'язати агресивну війну (воєнний конфлікт), або ініціювати ведення агресивної війни чи віддати наказ про здійснення агресивних воєнних дій – глава держави, Верховний головнокомандувач ЗС, секретар Ради національної безпеки і оборони, міністр оборони, начальник Генерального штабу ЗС, тощо.

Такого ж підходу до застосування зазначеної норми закону України про кримінальну відповідальність дотримувався Сватівський районний суд Луганської області у справі № 642/6196/17, виправдавши особу вироком від 12 грудня 2019 року за обвинуваченням у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 437 КК України, на підставі п. 2 ч. 1 ст. 373 КПК України. Згідно з цим вироком, жодних доказів того, що особа вчиняла управлінські дії з реалізації агресивних планів, загальне керівництво всіма задіяними у війні чи у воєнному конфлікті силами, керівництво збройними силами, проводила військові операції, вносила зміни до плану війни чи воєнного конфлікту, створювала нові плани ведення розпочатої війни чи воєнних дій, стороною обвинувачення суду не надано. До того ж, суд дійшов висновку, що прокурором не доведено участі обвинуваченого у веденні агресивних воєнних дій саме за попередньою змовою групою осіб, оскільки формулювання обвинувачення не містить викладення конкретних обставин і фактів цього, оскільки не зазначено форми співучасті особи у вчиненні даного злочину чи був він виконавцем, організатором, підбурювачем або пособником.

Аналогічний підхід застосував апеляційний суд Донецької області в ухвалі від 06 березня 2018 року у справі № 235/89/16-к. Так, залишаючи без зміни виправдувальний вирок щодо особи, яка є громадянином Російської Федерації, обвинуваченої за ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 437 КК України, апеляційний суд виходив із наведеного вище визначення поняття “ведення агресивної війни” та зазначив, що виконання обвинуваченим завдань по приготуванню їжі на контрольно – пропускних пунктах незаконних збройних формувань ДНР не утворює склад цього злочину, і, до того ж, обвинувачення не містить викладення конкретних обставин вчинення цього злочину у співучасті з іншими особами.

Іншого підходу дотримався апеляційний суд Донецької області в ухвалі від 16 травня 2018 року у справі №263/15014/15-к. Залишаючи без змін обвинувальний вирок щодо двох осіб, визнаних винуватими за ч. 2 ст. 28, ч. 2 ст. 437 КК України, суд апеляційної інстанції зазначив, що особи, діючи умисно, вчинили ведення агресивної війни за попередньою змовою групою осіб, оскільки вступили до складу незаконного збройного формування, де несли службу, були членами екіпажу танку Т-72, який підтримували у технічно справному стані, були готові до бойових дій у випадку наступу ЗС України. Дії обвинувачених направлені на зберігання танку, дотримання його у справному стані та готовності до відсічі наступу ЗС України у складі незаконного збройного формування свідчать про вчинення обвинуваченими дій щодо ведення агресивної війни.

Таким чином у судових провадженнях наявні суперечності в питаннях визначення того, чи може особа, яка фактично вчиняє дії, направ-

ВІДПОВІДАЛЬНИМИ ЗА АКТ АГРЕСІЇ МОЖУТЬ БУТИ ОСОБИ, ЩО ФОРМАЛЬНО НЕ ЗАЙМАЮТЬ БУДЬ-ЯКИХ...

лені на реалізацію планування, підготовки або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій, вважатися співучасником кримінального правопорушення, передбаченого ст. 437 КК України.

Зазначене свідчить про проблеми судового тлумачення вказаної норми закону України про кримінальну відповідальність, що зачіпає фундаментальні (конституційні, конвенційні) права та свободи.

Наявність протилежних точок зору представників наукової спільноти, відсутність сталої судової практики указують на наявність якісного критерію виключної правової проблеми, який полягає в існуванні протилежних підходів у тлумаченні наведеної вище правової норми, що вимагає формування рекомендації чи пропозиції, застосування якої дозволить досягнути вирішення відповідної проблеми.

З урахуванням правового питання, щодо якого постає проблема невизначеності, в умовах міжнародного збройного конфлікту з Російською Федерацією, що триває з 2014 року, вирішення цієї проблеми є надзвичайно нагальною потребою, адже вона наявна не в одній конкретній справі, а у невизначеній кількості справ, які або вже існують, або можуть виникнути.

Таким чином, під час касаційного розгляду колегія суддів дійшла висновку про наявність у цьому провадженні виключної правової проблеми, яка полягає у неоднозначному застосуванні норми права судами першої та апеляційної інстанції через її нечіткість, що породжує неоднакове її тлумачення, та відсутності нормативно визначених законом України про кримінальну відповідальність способів застосування вказаної норми у подібних обставинах. Це вкрай негативно впливає на реалізацію принципу правової визначеності, що є одним із фундаментальних аспектів верховенства права та гарантує розумну передбачуваність судового рішення.

Вирішення цієї проблеми матиме визначальне значення для формування єдиної судової практики щодо застосування ст. 437 КК України, що є вкрай необхідним з огляду на суспільні процеси в державі.

Тому колегія суддів з огляду на необхідність формулювання фундаментальних підходів щодо тлумачення та застосування ст. 437 КК України, з метою забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики, вважає, що доцільним є висловлення позиції з цього питання саме Великою Палатою Верховного Суду.

<...>

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 5 • 194-199