**Баулін Ю.В.**

*Національний юридичний університет*

*імені Ярослава Мудрого,*

*професор кафедри кримінального права,*

*доктор юридичних наук, професор,*

*голова робочої групи з питань розвитку кримінального права*

*Комісії з питань правової реформи при Президентові України*

**ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІД ЧАС ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ**

1. Кримінально-правове регулювання (КПР) – це упорядкування юридичними засобами діяльності держави щодо осіб, які вчиняють кримінальне правопорушення, або інакше – врегулювання юридичними засобами суспільних кримінально-правових відносин між державою і особами, які вчиняють кримінальні правопорушення. Таке врегулювання здійснюється за допомогою механізму КПР, елементами якого є: нормативна основа, юридичні факти, кримінально-правові відносини, акти застосування кримінально-правових норм. Вочевидь, що КПР має два рівні – нормативний та правозастосовний (індивідуальний). На нормативному рівні відповідно до п.22 ч.1 ст.92 Конституції України Верховна Рада ухвалює Кримінальний кодекс, що містить кримінально-правові та інші правові норми, а на індивідуальному рівні суд, здійснюючі правосуддя, застосовує кримінально-правові норми до конкретної особи, визнаної винною у вчинені певного кримінального правопорушення. КПР діяльності держави здійснюється шляхом визначення її повноважень встановлювати вичерпний перелік і ознаки певних видів кримінальних правопорушень та кримінально-правові засоби, що підлягають застосуванню до осіб, винних у вчиненні таких кримінальних правопорушень. Цілями КПР є забезпечення соціальної справедливості, виправлення (ресоціалізації) осіб, які вчинили кримінальні правопорушення, та запобігання їх вчиненню цими та іншими особами.
2. Відомо, що механізм КПР складають два рівня – нормативний та індивідуальний [ ]. Нормативний рівень КПР або нормативна основа механізму КПР являє собою систему кримінально-правових норм, які упорядковують (врегульовують) юридичними засобами кримінально-правові суспільні (деперсоніфіковані) відносини в Україні, що виникають між державою та особами, які вчиняють кримінальні правопорушення. Предметом цих суспільних відносин є кримінальна відповідальність особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, а змістом ( відповідно до частини 2 ст.19 Конституції України) -повноваження держави: 1) визначати, які суспільно-небезпечні діяння є кримінальними правопорушеннями і 2) яким засобам кримінальної відповідальності підлягають особи, які вчиняють такі кримінальні правопорушення, або підлягають звільненню від їх застосування, та обов’язок таких осіб перетерпіти обмеження їх прав і свобод, а також право вимагати від держави такого поводження з ними, яке передбачене кримінальним законом.
3. Індивідуальний рівень КПР являє собою діяльність органів кримінальної юстиції України із врегулювання конкретних, індивідуалізованих кримінально-правових відносин, що виникають між державою Україною і певною особою, яка реально вчинила визначене заздалегідь державою кримінальне правопорушення. На цьому рівні кримінально-правове відношення між державою і конкретною особою врегульовуються шляхом: 1) застосування до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, засобів кримінальної відповідальності (засудження, покарання, судимість) – Розділи Х-ХІІІ Загальної частини КК України ( далі – КК ), ч.2 ст.373 КПК України; 2) звільнення такої особи від кримінальної відповідальності – Розділ ІХ Загальної частини КК та окремі положення Особливої частини КК (ч.5 ст.110-2, ч.3 ст.111, ч.2 ст.114 тощо), п.1 ч.2 ст.284 КПК України; 3) виключення кримінальної відповідальності особи, яка правомірно або за відсутності ознак кримінального правопорушення в її діянні спричинила шкоду об’єкту кримінально-правової охорони – Розділ УІІІ Загальної частини та окремі положення Загальної та Особливої частин КК (ч.2 ст.11, ч.2 ст.19, ч.3 ст.263, ч.6 ст.361, ч.2 ст.396 тощо), п.п.1, 2 ч.1 ст.284 КПК України.
4. Таким чином, держава в особі Верховної Ради України ( п.22 ч.1 ст.92 Конституції України) на основі імперативного методу регулюванняаРади УкраїниР системою норм кримінального права визначає на засадах верховенства права (ч.1, 2 ст.8 Конституції України) вичерпний перелік видів і ознак кримінальних правопорушень та засобів кримінальної відповідальності, яким підлягають або (на підставах, передбачених законом) не підлягають особи, які вчиняють такі правопорушення, для досягнення цілей соціальної справедливості, реабілітації (виправлення) кримінальних правопорушників і запобігання вчиненню ними та іншими особами кримінальних правопорушень( ч.2 ст.50 КК ).
5. Юридичною формою вираження (закріплення) кримінально-правових норм на нормативному рівні КПР є чинний КК. Необхідно зауважити, що деякі кримінально-правові норми передбачені і в інших законах України (наприклад, в КПК і КВК України), що протирічить положенням ч.3 ст.3 КК, згідно з якими «кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом». У той же час, чинний КК як комплексний нормативно-правовий акт передбачає не тільки кримінально-правові норми, а й інші норми права, а саме: 1) норми, що регулюють поведінку людини за обставин, які виключають протиправність діяння; 2) норми, що регулюють посткримінальну поведінку особи; 3) норми, що регулюють повноваження держави щодо особи, яка вчинила суспільно-небезпечне діяння у стані неосудності та особи, яка не досягла віку, з якого настає кримінальна відповідальність; 4) норми, що регулюють повноваження держави щодо юридичних осіб, від імені чи в інтересах яких вчинені кримінальні правопорушення. І хоча примусові заходи медичного та виховного характеру, а також заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб віднесені до заходів кримінально-правового характеру, але, вочевидь, що підставою їх застосування не є вчинення кримінального правопорушення, оскільки неосудна особа, особа, яка не досягла належного віку, а також юридична особа не є суб’єктами кримінальних правопорушень.
6. Реалізація правових норм, передбачених КК, здійснюється спеціально уповноваженими органами кримінальної юстиції України, шляхом ухвалення індивідуальних актів застосування норм кримінального права. Ці органи розкривають вчинені кримінальні правопорушення, встановлюють осіб, які їх вчинили, здійснюють дізнання та досудове розслідування, підтримують державне обвинувачення в суді, а також виконують рішення суду. Вочевидь, що ключовим органом на індивідуальному рівні КПР є суд, який відповідно до цілей, передбачених у кримінально-правових нормах, здійснює правосуддя відносно особи, яка обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення.

Таким чином, реальне врегулювання кримінально-правових суспільних відносин між державою і кримінальними правопорушниками відповідно до цілей, передбачених кримінально-правовими нормах, відбувається в результаті численних актів застосування кримінально-правових нормами, які ухвалюють і виконують органи кримінальної юстиції при виникненні кримінально-правового конфлікту між державою та конкретною особою, яка вчинила кримінальне правопорушення. Звідси така особлива увага як до законотворчої процедури підготовки і ухвалення законів про кримінальну відповідальність та оцінки діяльності Верховної Ради України щодо внесення змін та доповнень до чинного КК України, так і до тлумачення ухвалених законів в частині визначення ознак певних видів кримінальних правопорушень та відмежування складів одних кримінальних правопорушень від суміжних, визначення кримінально-правових наслідків кримінального правопорушення, справедливого застосування кримінально-правових засобів та до багатьох інших питань, що виникають при КПР. Єдина судова практика застосування окремих кримінально-правових норм у кожному кримінальному провадженні на території України забезпечує принципи справедливості та рівності усіх перед КК. І чим більш наближеним є результат реального застосування кримінально-правових норм, ухвалених на нормативному рівні КПР, до тих цілей, які заздалегідь були проголошені у цих нормах, тим вищою є ефективність КПР . У підсумку, ступінь врегульованості та ефективність врегулювання кримінально-правових суспільних відносин визначається повнотою, однаковістю і результативністю врегулювання індивідуалізованих, конкретних кримінально-правових відносин на індивідуальному рівні КПР ,а саме : чим більш наближеними є реальні результати реагування органів кримінальної юстиції на кожний випадок вчинення кримінального правопорушення відповідно до цілей КПР, передбачених у кримінально-правових нормах, тим більш ефективним є увесь механізм КПР в Україні. І, навпаки, якщо великою є латентність вчинених кримінальних правопорушень; значною є кількість не- встановлених осіб, які їх вчинили; при здійсненні дізнання чи досудового розслідування виникають постійні труднощі при розмежуванні ознак складів суміжних правопорушень та при збиранні і отриманні доказів їх вчинення; неефективним є державне обвинувачення в судах; відсутня єдність судової практики застосування тих чи інших кримінально-правових норм; реальні результати застосування таких норм різко відрізняються від цілей, передбачених кримінально-правовими нормами; явно непропорційними з досягнутими результатами є державні витрати для забезпечення діяльності органів кримінальної юстиції, то зазначені, а також інші показники є критеріями неефективності КПР, що потребує внесення змін як на нормативному, так і на індивідуальному його рівнях.

3. Війна рф проти України змінила життя своєї країн и і кожної людини. Вочевидь, що ефективний захист від широкомасштабної агресії рф вимагає використання всіх засобів, мобілізації усіх ресурсів задля досягнення перемоги над ворогом. Поряд із героїчними зусиллями воїнів ЗСУ та інших законних воєнізованих формувань по відсічі агресії рф, наданням гуманітарної допомоги особам, які постраждали від цієї агресії, з’явилися нові види суспільно-небезпечних діянь, які потребували криміналізації, а також нові форми прояву вже відомих кримінальних правопорушень. Так, почастішали випадки ухилення військовозобов’язаних осіб від мобілізації, пов’язаних із незаконним перетинанням кордону, а також випадки пособництва таким діям; виявилося широке коло колабораціоністської діяльності; виявилися факти поширення інформації про переміщення військ, воєнної техніки тощо; відомими стали факти зловживання гуманітарною та іншою допомогою; непоодинокі випадки заподіяння шкоди правоохоронювальним інтересам України при відсічі збройної агресії тощо.

4. Перший виклик - це нові видів суспільно небезпечних діянь, які з’явилися під час війни і не були передбачені чинним КК України. Мова йде у про статті 111-1, 111-2, 114-2, 436-2 тощо. Разом з тим відомі і проблеми, які виникли в практиці правозастосування цих статей КК України і , перш за все, розмежування складів злочинів, передбачених у цих статтях, наприклад, державної зради і колабораційної діяльності.

В проєкті КК , у розділі 9.1 «Кримінальні правопорушення проти державної безпеки» проводиться чітке розмежування між зрадою Україні (стаття 9.1.7) і колабораційною діяльністю (стаття 9.1.8). Суб’єктом зради Україні визнається громадянин України та особа без громадянства, яка постійно проживає на території України, і така зрада виражається в переході на бік ворога у двох формах: 1) вступ зазначеної особи у військове формування держави - агресора, яким визнаються збройні сили чи будь-яке інше військове формування, у тому числі іррегулярне збройне чи воєнізоване формування, кероване та фінансоване державою-агресором, або 2) надання такому формуванню допомоги у ведені бойових дій проти військових формувань України або проти добровольчих формувань, що утворені чи самоорганізувалися для захисту України. В свою чергу, суб’єкт колабораційної діяльності хоча і співпадає із суб’єктом зради Україні, але його діяльність виражається в тому , що на тимчасово окупованій території України такий суб’єкт підтримує державу-агресора, добровільно співпрацюючи з нею, в одній із десяти форм, які передбачені в статті 9.1.8. і не пов’язані з переходом на бік ворога. В той же час практика показала, що дії, подібні до видів колабораційної діяльності, на тимчасово окупованій території України вчиняють іноземці, у тому числі громадяни держави-агресора, і апатриди, які не проживають постійно на території України, що викликає труднощі при кваліфікації їх дій. З метою їх подолання в проєкті КК передбачена стаття 9.1.9 «Окупаційна діяльність», в якій наведено перелік такої діяльності, що тягне за собою кримінальну відповідальність. До злочинів проти державної безпеки віднесено і такий злочин, як «Виправдовування збройної агресії проти України» (стаття 9.1.13), в якій визначені сім видів такого виправдування.

1. Під час дії воєнного стану були ухвалені закони, які передбачають нові обставини, що виключають протиправність діяння: 1) Закон України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 03 березня 2022 року. 2) Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану» від 15 березня 2022 року.

2. КК доповнений ст.43-1 «Виконання обов’язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», а по суті це є суб’єктивним правом особи.  **Підстава** використання цього права– збройна агресія рф або агресія іншої країни. **Ознаки** поведінки особи з використання зазначеного права: 1) суб’єкт – не комбатант, 2) об’єкт – життя та здоров’я особи, що здійснює агресію, майно або правоохоронювані інтереси,3) об’єктивна сторона: суспільно корисне діяння не комбатанта, яке заподіяло смерть або тілесні ушкодження особі, яка здійснює агресію проти України, або шкоду правоохоронюваним інтересам в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; 4) мета – відсіч та стримування збройної агресії рф або збройної агресії іншої країни.

 Слід погодитися з тим, що межі заподіяння шкоди особою при використанні зазначеного суб’єктивного права особи законом не встановлені, а це означає ,що правомірним є заподіяння смерті чи тілесних ушкоджень будь-якій кількості агресорів, знищення чи пошкодження будь-якої кількості майна агресора (Ю.Пономаренко), а також спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам.

3. Розділ 2 «Прикінцеві та перехідні положення» чинного КК доповнений пунктом 22 наступного змісту: «Цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону України "Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України".Дія цього закону поширюється на усіх осіб, які отримали вогнепальну зброю і боєприпаси до неї відповідно до порядку та вимог, установлених МВС України, незалежно від дати їх видачі, та застосовується протягом дії воєнного стану і 10 днів після його припинення або скасування (п.2 Прикінцевих та перехідних положень закону).

 Згідно Порядку застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримування збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. №448, цивільні особи мають право застосувати вогнепальну зброю для(**підстави застосування**): 1) відбиття нападу або запобігання загрози нападу на військові та/або цивільні об’єкти, що охороняються; 2) запобігання вчиненню та/або припинення протиправних дій чи діяльності осіб, причетних до збройної агресії; 3) звільнення захоплених військових та/або цивільних об’єктів або запобігання (перешкоджання) такому захопленню; 4) знищення зброї, бойової техніки, транспортних або технічних засобів, які перебувають у користуванні осіб, причет них до збройної агресії; 5) захисту цивільних осіб, військових та/або цивільних об’єктів від нападу; 6) запобігання та/або припинення діяльності, затримання, роззброєння або знешкодження осіб, причетних до збройної агресії; 7) припинення дій осіб, які вчинили або вчиняють правопорушення; 8) припинення дій осіб, які перешкоджають виконання законних вимог осіб, залучених до виконання завдань, пов’язаних із запровадженням і здійсненням заходів правового режиму воєнного стану; 9) відбиття нападу на осіб, залучених до виконання завдань, пов’язаних із запровадженням і здійсненням заходів правового режиму воєнного стану, або інших осіб, у разі виникнення загрози їх життю чи здоров’ю ( п. 4 Порядку).

4. Стаття 1 Закону України « Про оборону України» доповнена абз.3, в якому визначається **бойовий імунітет** як підстава звільнення , а по суті - виключення кримінальної відповідальності певної особи за шкоду, заподіяну в умовах бойового імунітету. Аналіз зазначених положень закону дає можливість сформулювати підставу та ознаки правомірного діяння, що вчиняється в умовах бойового імунітету. **Підставою** єзбройна агресія проти України або збройний конфлікт на території України. **Ознаки** діяння: 1) суб’єкт – представник військового командування, військовослужбовець, доброволець Сил територіальної оборони ЗСУ, працівник правоохоронного органу, який відповідно до своїх повноважень бере участь в обороні України, особа, визначена Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України»; 2) об’єкт – життя та здоров’я особового складу, бойова техніка та інше військове майно, інші правоохоронювані інтереси особи, суспільства, держави; 3) об’єктивна сторона – планування, застосування зброї чи іншої сили або виконання іншого завдання з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння) чи іншої сили під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту , що спричинило втрату особового складу, бойової техніки та іншого військового майна, або шкоду іншим правоохоронюваним інтересам, 4) суб’єктивний контроль: а) неможливість передбачення зазначених наслідків з урахуванням розумної обачливості при плануванні чи виконанні дій (завдань) або б) спричинені наслідки охоплюються виправданим ризиком, тобто 1) поставлену мету не можна було досягти в даній обстановці діянням, не поєднаним з ризиком, і 2) особа обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюванним інтересам.

Закон передбачає лише одне обмеження заподіяння шкоди в умовах бойового імунітету , а саме: забороняється порушувати закони і звичаї війни або застосовувати збройну силу, визначені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Вчинення таких дій тягне за собою кримінальну відповідальність на загальних підставах.

5. **Здійснення публічною службовою особою владних повноважень для відсічі збройної агресії проти України** як обставину, що виключає кримінальну відповідальність, передбачено у ч. 3 ст. 9 ЗУ «Про правовийрежим воєнногостану»:«В умовах воєнного стану особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не несе відповідальність, у тому числі кримінальну, за рішення, дії чи бездіяльність, негативні наслідки яких неможливо було передбачити або які охоплюються виправданим ризиком за умови, що такі дії (бездіяльність) були необхідні для відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту». **Підставою** для вчинення зазначених дій є наявність необхідності їх вчинення для відсічізбройної агресії проти України або збройного конфлікту. **Ознаки** правомірного діяння**:**1) суб’єкт **–** особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 3 ЗУ «Про запобігання корупції»), 2)об’єкт **–** правоохоронювані інтереси особи, суспільства, держави, 3) об’єктивна сторона **–** ухвалення рішення або вчинення дії чи бездіяльності в межах владних повноважень в умовах воєнного стану, що спричинило шкоду (негативні наслідки) правоохоронюваним інтересам, 4) мета – відсіч збройної агресії проти України або ліквідація (нейтралізація) збройного конфлікту, 5) суб’єктивнийконтроль **–** неможливість передбачити настання негативних наслідків при ухваленні рішення чи вчиненні дії або бездіяльності або настання негативних наслідків охоплювалося виправданим ризиком.

Події 22 вересня цього року, пов’язані з обміном і поверненням в Україну 215 військовополонених, поставили питання щодо удосконалення новітньої статті 84-1 «Звільнення від відбування покарання у зв’язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого». Це завдання на майбутнє, і взагалі війна дає багато прикладів нових життєвих ситуацій, що виникають в умовах війни, які потрібують свого дослідження і відповідного реагування розробників проєкту КК України.

Другий виклик, який з’явився у період війни, це ухвалення Європейською Радою на саміті у Брюсселі 23 червня 2022 року надзвичайно важливого рішення про надання Україні статусу кандидата у Європейський Союз [2]. Це рішення, поміж іншим, передбачає виконання численних зобов’язань України щодо адаптації її законодавства, у тому числі і кримінального, до acquis communautaire ЄС. Наразі, Уряд, Комітети Верховної Ради України, народні депутати здійснюють велику роботу по підготовці законопроєктів щодо адаптації законодавства України до тих Директив, Регламентів та інших актів ЄС (далі – Директиви), які Україна зобов’язалася імплементувати у національну систему права. Вочевидь, що проєкт КК, який побудований на інших змістовних і структурних положеннях у порівнянні з чинним КК, також покликаний передбачити у своїх приписах положення acquis communautaire ЄС. Тим більше, передбачається моніторинг адаптованих положень у чинний КК, і якщо в результаті такого моніторингу будуть сформульовані додаткові зауваження та пропозиції, то робоча група також повинна врахувати їх у тексті проєкту нового КК.

Як зауважив проф. Г.Шведас на УІ Міжнародному Харківському юридичному форумі матеріальне кримінальне право ЄС є невеликим за своїм обсягом – 37 Директив, що виділяють 16 сфер, в яких передбачаються ознаки окремих злочинів, серед яких нелегальна міграція, нелегальне працевлаштування, охорона навколишнього середовища, зловживання на ринку, фінансові інтереси ЄС, банківська сфера, тероризм тощо. Наприклад, у КК Литви 88 статей (майже 1/3 Особливої частини) пов’язані із кримінальним правом ЄС.

Вочевидь, що кожна Директива ЄС має свої особливості, пов’язані з предметом її регулювання. В той же час доповіді, зроблені нашими закордонними колегами (проф. Влодзімежем Врубелем, завідувачем кафедри кримінального права Ягеллонського університету (Польща), доцентом цієї кафедри Домініком Зайонцем, доцентом кафедри кримінального права Загребського університету Хорватії Сунцаною Роксандіч та проф.Гінтарасом Шведасом завідувачем кафедри кримінальної юстиції Вільнюського університету (Литва) на УІ Міжнародному Харківському юридичному форумі 5 жовтня 2022 року, а також членами робочої групи з питань розвитку кримінального права М.І.Хавронюком та Ю.А.Пономаренком дають підстави для висновку, що зміст Директив ЄС підпорядковується певній схемі, яку треба мати на увазі при їх аналізі. У всякому разі при роботі з Директивами ЄС, які підлягають імплементації у кримінальне законодавство України, доцільно звертати увагу на наступні складові елементи, які враховуються розробниками проєкту КК при адаптації цього проєкту до Директив ЄС.

1. *Роз’яснення певних термінів (словосполучень), які використовуються у Директиві ЄС.* Вочевидь, що ці терміни (словосполучення) мають цільове призначення саме для юридичної визначеності положень, передбачених у Директиві. В той же час вживанні у Директивах терміни (словосполучення) не завжди співпадають з тими, які використовуються у національному законодавстві, у тому числі у проєкті КК. Щоб уникнути протирічь між текстом проєкту КК і значенням термінів, які використовуються у Директивах, у ч.1 ст.1.3.1. проєкту КК «Значення термінів Кримінального кодексу» передбачено: «Терміни, вжиті у цьому Кодексі, які мають визначення в іншому законі, міжнародному договорі чи акті Європейського Союзу, застосовуються до свого нормативного визначення, крім випадків, передбачених частиною 2 цієї статті та іншими статтями цього Кодексу». Може виникнути ситуація, коли в українській мові важко буде знайти аналог терміну, вжитого в Директиві ЄС, в перекладі з англійської чи французької мови. В такому випадку необхідно шукати аналог, який найбільш наближений до значення терміну, вжитому у Директиві.
2. *Ознаки кримінального правопорушення.* Як зазначалося, у Директивах передбачено 16 сфер, в яких виділяються діяння, ознаки яких мають бути визнані злочинними у національному кримінальному законодавстві. Автори проєкту КК своє завдання бачать у тому, щоб ознаки таких діянь знайшли своє адекватне відображення в певній статті Особливої частини з урахуванням тих концептуальних положень, які закладені у побудову Особливої, а також Загальної частин проєкту КК.

*3. Ознаки, які змінюють (знижують або підвищують) тяжкість кримінального правопорушення.* В проєкті КК закладена ідея, відповідно до якої ознаки, що знижують або підвищують ступінь тяжкості злочину передбачені на початку кожного розділу Особливої частини. В тих випадках, якщо в проєкті КК не передбачена та чи інша ознака, що знижує або підвищує ступінь тяжкості певного злочину, то розробники проєкту КК модифікують існуючу ознаку і поширюють її на той чи інший основний склад злочину, або формулюють окрему ознаку, яка б була адекватною тій, що передбачена у Директиві.

*4. Кримінальна відповідальність за незакінчений злочин.* Згідно із ч.5 ст.2.6.1. проєкту КК не є кримінальним правопорушенням готування до злочину 1-4 ступенів тяжкості та замах на злочин 1-2 ступенів тяжкості. В той же час деякі Директиви передбачають, що в національному кримінальному законодавстві повинна бути встановлена кримінальна відповідальність за замах на той чи інший злочин незалежно від ступеня його тяжкості. В такому випадку вбачається доцільним перелічити статті Особливої частини, що передбачають певні злочини, замах на які є кримінально караними, що є важливим з огляду на вимогу юридичної визначеності.

*5. Кримінальна відповідальність за пособництво або підбурювання, а в окремих випадках – за вчинення злочину злочинною організацією (наприклад, рамочне рішення 2008/841/JHA).* В проєкті КК формами співучасті у злочину визнається вчинення його у складі: 1) простої групи, 2) організованої групи чи 3) злочинної організації (ст.2.7.5.) і не існує будь-яких обмежень щодо кримінальної відповідальності співучасників. В той же час імплементація Директив щодо кримінально-правових засобів боротьбі з тероризмом потребувала переформатування поняття терористичної групи, яка наразі визначається як: 1) неструктурована терористична група, яка має ознаки простої групи, якщо вона створюється для негайного вчинення злочину проти безпеки суспільства від тероризму, і 2) структурована терористична група, яка має ознаки організованої групи або злочинної організації (ч.5 ст.2.7.6.).

*6. Покарання щодо фізичних осіб.* Багато Директив вимагають встановлення у КК мінімального строку ув’язнення (наприклад, чотири, п’ять або вісім років), що не відповідає закладеним у проєкт КК концептуальним підходам, згідно з якими ступінь тяжкості злочину визначається з урахуванням виду шкоди, спричиненої об’єкту кримінального правопорушення, та ознак складу злочину, що змінюють ступінь його тяжкості (ч.1 ст.2.5.9.). Умисні злочини мають 9 ступенів тяжкості, а необережні злочини – 5 ступенів тяжкості (ч.2 ст.2.5.9.). За кожний вид злочину відповідної ступені тяжкості (від 1 до 9) встановлюється типова санкція (ст.3.2.5.). У випадку, коли Директива вимагає встановлення певної санкції, яка не співпадає з розміром типової санкції, необхідно корегувати положення статей 2.5.2 – 2.5.7. проєкту КК. Ці статті передбачають види шкоди об’єкту кримінального правопорушення – істотну, значну, тяжку, особливо тяжку і виключно тяжку. Для адаптації положень Директиви необхідно привести ступінь тяжкості того злочину, який передбачений Директивою, у відповідність з розміром відповідної типової санкції, таким чином, щоб цей розмір узгоджувався із розміром санкції, передбаченої у Директиві. Інколи це потребує додаткових структурних змін в Загальній та Особливій частинах проєкту КК.

*7. Ознаки, які пом’якшують чи обтяжують покарання фізичної особи.* Проєкт КК у Розділі 3.3 «Призначення покарання» передбачає перелік обставин, що пом’якшують покарання за злочин та кримінальний проступок (ст.3.3.2.), а також обставин, що обтяжують покарання за кримінальний проступок (ст.3.3.3.). Проєкт КК не передбачає переліку обставин, що обтяжують покарання за злочин, оскільки типові санкції передбачають відносно невелику судову дискрецію при призначенні покарання за вчинений злочин. Крім того, суд призначає покарання у межах санкції статі з урахуванням особливості конкретного злочину, особи винного, кількості ознак, які підвищують ступінь тяжкості злочину, висновку щодо ризиків вчинення нового кримінального правопорушення та інших висновків досудової доповіді органів пробації, інші положення Загальної частини КК (ч.2 ст.3.3.1). У випадках, якщо Директива вимагатиме передбачення таких обставин, які наразі не визначені у зазначених статтях, то необхідно або доповнювати наведені переліки, або (відносно злочинів) передбачати такі ознаки, які знижують або підвищують ступінь тяжкості певного виду злочину, що відповідно потягне за собою встановлення зниженою у розмірі чи підвищеної типової санкції за такий вид злочину.

*8. Інші, крім покарання, засоби, що застосовуються до фізичної особи (відшкодування шкоди, засоби безпеки тощо).* Проєкт КК передбачає, що до фізичних осіб – суб’єктів певних злочинів застосовуються такі засоби безпеки як обмежувальні засоби (певні заборони, обмеження права або покладення обов’язків) та оприлюднення інформації про засудження особи (ст.3.6.5, 3.6.6), реституція або компенсація (ст.3.7.1), а також судимість (Розділ 3.9), тобто правовий статус, в якому перебуває особа, засуджена за вчинення кримінального правопорушення, з дня набрання законної сили обвинувальним вироком суду і до зняття судимості. Судимість має правове значення у випадках, передбаченим цим Кодексом та іншими законами України (ст.3.9.1).

*9. Підстави застосування кримінально-правових засобів до юридичних осіб.* Директиви не вимагають визнання юридичної особи суб’єктом кримінального правопорушення, в той же час в них передбачені вимоги щодо підстав юридичної відповідальності, яка була б адекватною за своєю суворістю кримінально-правовим засобам. Згідно ст.3.11.2 проєкту КК підставою для застосування до юридичної особи кримінально-правових засобів є вчинення: 1) від імені юридичної особи та її інтересах або в інтересах її асоційованої особи уповноваженою особою юридичної особи будь-якого передбаченого цим Кодексом умисного злочину 3-9 ступеня тяжкості; 2) внаслідок неналежного контролю з боку уповноваженої особи юридичної особи підпорядкованою (підконтрольною) їй особою будь-якого із злочинів передбачених у п.2 ч.1 ст.3.11.2. Уповноваженою особою юридичної особи є суб’єкт злочину, який відповідно до закону, установчий документів юридичної особи, спеціального повноваження, договору чи рішення суду 1) діючи індивідуально чи у складі колегіального органу юридичної особи, обіймає керівну посаду, представляє юридичну особу чи приймає рішення від її імені, 2) здійснює контроль у межах цієї юридичної особи або 3) є кінцевим бенефіциарним власником (контролером) цієї юридичної особи (ч.2 ст.3.11.2). Злочин визнається вчиненим в інтересах юридичної особи, якщо цей злочин: 1) створив умови для отримання юридичною особою неправомірної вигоди або призвів до набуття такої вигоди, 2) створив умови для реалізації нематеріального інтересу юридичної особи або призвів до його реалізації або 3) був спрямований на її ухилення від юридичної відповідальності (ч.3 ст.3.11.2).

*10) Санкції та інші кримінально-правові засоби до юридичних осіб.* Проєкт КК передбачає стягнення та інші кримінально-правові засоби, що застосовуються до юридичних осіб. Видами стягнення є штраф та ліквідація юридичної особи з конфіскацією її майна. Додатково до штрафу або замість нього до юридичної особи суд може застосувати інші кримінально-правові засоби, а саме: 1) обмеження підтримки за рахунок публічних фінансів і 2) обмеження здійснення певної діяльності (ст.3.11.3). Юридична особа підлягає ліквідації у зв’язку із вчиненням її уповноваженою особою від імені юридичної особи та в її інтересах або в інтересах її асоційованої особи будь-якого із передбачених цим Кодексом умисного злочину проти: 1) фінансів, 2) безпеки суспільства від діяльності злочинних організацій, 3) безпеки суспільства від тероризму, 4) доброчесного виконання службових повноважень у публічній сфері та 5) державної безпеки. У разі ліквідації юридичної особи застосовується конфіскація її майна (ст.3.11.5).

Положення проєкту КК щодо санкцій та інших кримінально-правових засобів, що застосовуються до юридичних осіб, в цілому відповідають вимогам Директив.

*11. Підстави конфіскації майна фізичної особи.* Конфіскація майна полягає у примусовому безоплатному вилучені грошей, майнових прав та іншого майна, яке належить засудженій особі на праві власності, до Державного фонду відшкодування шкоди потерпілим. Конфіскація шкоди застосовується щодо майна, яке: 1) є предметом кримінального правопорушення або доходам віж такого предмета, 2) підшукане, пристосоване, використане як знаряддя або засіб вчинення кримінального правопорушення чи для схиляння особи до його вчинення, 3) використовувалося для фінансування чи матеріального забезпечення вчинення кримінального правопорушення, або 4) використовувалося як винагорода за вчинення кримінального правопорушення. Конфіскація майна застосовується у випадках засудження особи за умисне кримінальне правопорушення як з призначенням покарання, так і зі звільненням від покарання (ст.3.8.1).

*12. Підстави звільнення від покарання та кримінального переслідування (кримінальної відповідальності) (рамкове рішення 2008/841/JHA.* Проєкт КК передбачає п’ять видів звільнення від покарання, а саме: 1) не призначення покарання, 2) не виконання призначеного покарання, 3) відстрочення виконання призначеного покарання, 4) зупинення виконання покарання під умовою, 5) припинення виконання покарання (ч.1 ст.3.4.1). Деякі Директиви передбачають в якості одного із елементів, наприклад, підстави непризначення покарання певний вид позитивної поведінки особи після вчинення злочину. У зв’язку з цим в ч.2 ст.3.4.2 проєкту КК передбачається, наприклад, така складова підстави непризначення покарання, як добровільне повідомлення прокурору чи органу правопорядку всієї відомої особі інформації про діяльність організованої групи, злочинної організації чи збройного формування, власну участь у ній (ньому) чи сприяння їй (йому), яку прокурор чи органи правопорядку інакше не змогли б отримати, а також сприяння розкриттю діяльності такої групи, організації чи формування або запобігання вчиненню ними нового злочину. Видається, що в цілому передбачені у проєкті КК п’ять видів звільнення від покарання дають можливість адекватно імплементувати відповідні положення Директив.

*13. Питання юрисдикції.* Деякі Директиви стимулюють розробників проєкту КК до розширення сфери універсального принципу дій КК у просторі. Так, відповідно до Директиви 2017/541 у ч.2 ст. 1.4.5 проєкту КК передбачено, що цей Кодекс підлягає застосуванню до іноземця або особи без громадянства, що постійно не проживає в Україні, якщо вони вчинили за межами України, зокрема, злочин проти інституції, офісу чи агентства Європейського Союзу, проти безпеки суспільства від тероризму на користь юридичної особи, створеної на території України, або злочин, передбачений певними статтями цього Кодексу. Точно так, відповідно до ст.9 рамкового рішення 2008/913 «Про боротьбу з окремими формами та проявами расизму і ксенофобії кримінально-правовими засобами» у ч.4 ст.1.4.6 проєкту КК передбачається: «У випадках, передбачених міжнародним договором України, цей Кодекс застосовується до особи, яка вчинила передбачене ним діяння з використанням засобу інформації, інформаційної системи чи мережі Інтернет, незалежно від того, чи присутня ця особа фізично на території України та незалежно від місця реєстрації засобу масової інформації або інформаційної системи». Аналіз конкретних Директив вимагає ретельного дослідження питання відносно визначення кримінально-правової юрисдикції України щодо певних категорій злочинів, вчинених за межами України.

*14. Особливості застосування принципу ne bis in idem.* Проєкт КК передбачає принцип однократності застосування кримінально-правових засобів: «Особа не може бути піддана кримінально-правовим засобам за цим Кодексом більше одного разу за те саме кримінальне правопорушення» (ч.1 ст.1.2.7). В той же час «не вважається порушення принципу однократності застосування судом України кримінально-правових засобів до особи, засудженої іноземним судом за те саме кримінальне правопорушення» (ч.2 ст.1.2.7).

Видається, якщо в Директиві буде передбачено обмеження в застосуванні цього принципу, то таке обмеження можливо імплементувати у проєкт КК шляхом передбачення певного виключення із зазначеного правила.

*15. Строки давності, переслідування за вчинений злочин.* (Директива (Є4) 2017/137.

Стаття 12 зазначеної Директиви передбачає, що держави-члени вживають необхідні заходи, щоб передбачити такий строк давності, який уможливлює проведення розслідування, притягнення до відповідальності, здійснення судового провадження та винесення судового рішення щодо злочинів, передбачених у цій Директиві, протягом достатнього часу після їх вчинення задля ефективної боротьби з такими злочинами. Так, для злочинів, за які передбачено максимальне покарання у вигляді позбавлення волі щонайменше на чотири строки, строк давності повинен бути встановлений щонайменше п’ять років з моменту вчинення злочину, а у виключних випадках не менше трьох років, але при цьому має бути передбачена можливість переривання чи призупинення цього строку. У проєкті КК встановлено, що не призначається покарання особі, якщо з часу вчинення нею кримінального правопорушення (його закінчення або припинення) і до дня набрання обвинувальним вироком суду законної сили минув строк, який дорівнює максимальному строку ув’язнення за відповідний злочин у разі вчинення злочину 1-8 ступеня тяжкості (ч.1 ст.3.4.3). Частини п’ята і шоста цієї статті передбачають умови переривання та зупинення перебігу строків давності.

Директива також передбачає необхідність заходів для забезпечення приведення у виконання покарання у вигляді позбавлення волі у випадку злочину, вчинення якого передбачає максимальну санкцію щонайменше на 4 роки. Згідно із ч.1 ст.3.4.6 проєкту КК призначене покарання не виконується, якщо з дня набрання обрання обвинувальним вироком законної сили його не було виконано у такі строки: 1) 10 років – у разі призначення покарання у вчиненні злочинів 1-4 ступенів тяжкості і 2) 20 років – у разі призначення покарання за вчинення злочинів 5-8 ступенів тяжкості. Частини 4-7 цієї статті передбачають правила зупинення і переривання перебігу давності виконання обвинувального вироку суду.

*16. Особливості та строки імплементації Директиви ЄС.* Звичайно, що такі особливості та строки визначаються угодами між Україною та органами ЄС, що потребує ретельної підготовки такої імплементації та безумовного виконання узгоджених строків. Як зазначала хорватська колега Сунцана Роксандіч на УІ Міжнародному Харківському юридичному форумі, в Хорватії шість разів вносилися зміни до КК (останній раз у 2019 році), викликані необхідністю адаптації чинного КК Хорватії до вимог Директив ЄС. Іноземні колеги країн, що нещодавно стали членами ЄС, зазначають, що робота щодо адаптації національного кримінального законодавства до матеріального кримінального права ЄС є достатньо копіткою, потребує постійних зав’язків з відповідними органами ЄС, з членами делегацій України, які беруть участь у перемовинах з ЄС, а також врахування досвіду країн, що до яких здійснювався моніторинг Єврокомісією відносно адаптації ними свого національного кримінального законодавства до Директив ЄС, результати якого є в публічному просторі, а також рішень з питань кримінального права Суду ЄС, особливо з 2009 року.

Звичайно, конкретна Директива, яка підлягає імплементації може мати свої особливості, однак наведені вище 16 позицій, які сформульовані ні підставі аналізу Директив, мають враховуватися як розробниками проєку КК, так і авторами пропозицій щодо внесення змін та доповнень до чинного КК у зв’язку із виконанням зобов’язань України як кандидата у члени ЄС.

Нарешті, остання група викликів – це виклики повоєнної України, відповіді на які вже зараз треба передбачити як в чинному КК, так і у проєкті нового КК. Йдеться про широкомасштабну програму відновлення України, виконання якої передбачає євроінтеграційний курс і створення привабливого бізнес середовища для приватних інвестицій.

Національна рада з відновлення України, що буда створена при Президентові України, презентувала план відновлення України, основними цілями якої є: 1) забезпечення стійкості вітчизняної економіки під час війни; 2) підготовка до швидкого відновлення відразу після війни і 3) закладання основи для довгострокової модернізації та зростання України. Реалізація Плану відновлення потребує більш 75 млрд.дол. інвестицій (у т.ч. приватних), з них 60-65 млрд.доларів потрібні вже у 2022 році (не включаючи військову допомогу). Основна передумова реалізації такого плану – посилення інституційних спроможностей, а саме: забезпечення прозорих публічних даних, забезпечення верховенства права, імплементація та покращення корпоративного управління, реформа державної служби.

Вочевидь, що реалізація зазначеного Плану потребує виконання зобов’язань України в частині боротьби з корупцією, у тому числі пов’язаних з процесом європейської інтеграції. Проєкт КК підлягає приведенню у відповідність з вимогами Конвенції ООН проти корупції, Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, Додаткового протоколу до неї та Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією. Розробникам проєкту КК ще до ратифікації Верховною Радою України Конвенції Організації Економічного Співробітництва та Розвитку (ОЕСР) про боротьбу з підкупом іноземних посадових осіб у міжнародних ділових операціях треба привести проєкт КК до вимог цієї Конвенції. Наразі, робоча група з розвитку кримінального права обговорює варіанти імплементації у проєкт КК вимог Конвенції про захист фінансових інтересів Європейських Співтовариств, а також Директиви 2017/1371 Європейського парламенту та Ради від 5 липня 2017 року про боротьбу з шахрайством, спрямованого проти фінансових інтересів Союзу, кримінально-правовими засобами. Крім того, дослідженню і впровадженню у проєкт КК підлягають рекомендації: 1) Групи держав проти корупції (GRECO) і 2) ОЕСР по виконанню Стамбульського плану дій по боротьбі з корупцією, наданих Україні в межах усіх раундів оцінки України, а також рекомендацій, прийнятих під час сесій конференції держав-учасниць UNCAC.

Вочевидь, що післявоєнні виклики можуть бути пов’язані з необхідністю подальшого удосконалення положень кримінального законодавства в частині, наприклад, відповідальності за незаконне поводження зі зброєю ( у тому числі трофейною), тощо. Видається, що як розробникам проєкту КК, так і авторам, які готують пропозиції щодо змін до чинного КК, доцільно враховувати взаємний досвід в частині кримінально-правових відповідей на виклики сучасності.