

ПРОБЛЕМИ ПОЗБАВЛЕННЯ ПРАВА ОБІЙМАТИ ПЕВНІ ПОСАДИ АБО ЗАЙМАТИСЯ ПЕВНОЮ ДІЯЛЬНІСТЮ В КОНТЕКСТІ ПЕНАЛІЗАЦІЇ КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ПОСОБНИЦТВА ДЕРЖАВІ-АГРЕСОРУ

Орловська Н. А.

Метою статті є аналіз поточного стану теоретичного, нормативного і правозастосовного забезпечення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в контексті пеналізації колабораційної діяльності та пособництва державі-агресору. Наголошено, що санкції ст.ст. 111-1, 111-2 КК в цілому відповідають принципу пропорційності в сенсі правових позицій ЄСПЛ. Однак їх конструкції є спірними з огляду на положення кримінально-правової доктрини та судової практики. Доведено, що така суперечність стосується позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основного і як додаткового обов'язкового покарання. Це унеможливує призначення цього покарання значній кількості винних осіб через відсутність належних підстав. Наголошено на необхідності системного опрацювання положень Загальної та Особливої частин КК з метою узгодження санкцій норм про кримінальну відповідальність за правопорушення проти основ національної безпеки України.

Сформульовано пропозиції щодо удосконалення положень кримінального законодавства, які полягають у: а) виключенні позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю зі змісту санкцій ст.ст. 111-1, 111-2 КК незалежно від того, чи воно основним, чи додатковим обов'язковим покаранням; б) доповненні ч. 1 ст. 55 КК приписом щодо обов'язкового призначення цього покарання за наявності підстав при вчиненні колабораційної діяльності або пособництва державі-агресору на строк від 10 до 15 років; в) необхідності розглянути можливість розповсюдити цей припис ч. 1 ст. 55 КК на всі кримінальні порушення проти основ національної безпеки України.

Ключові слова: пеналізація, кримінально-правові санкції, основні та додаткові покарання, призначення покарання, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю.

Orlovska N. A. Problems of deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities in the collaborative manifestations and aggressor state assistance penalizing context

The article purpose is to analyze the theoretical, normative and law application provision of the deprivation

of the right to hold certain positions or engage in certain activities in the collaborative manifestations and aggressor state assistance penalizing context. It is emphasized that sanctions of Art. 111-1, 111-2 CC predominantly correspond to the proportionality principle in the ECHR legal positions sense. However, their constructions are controversial being taken into account the criminal legal doctrine provisions and judicial practice as well. It has been proven that such a contradiction refers to deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities as the main and as an additional mandatory punishment. This makes it impossible to apply this punishment concerning a significant number of guilty persons due to the lack of proper grounds. The need to systematically work out the General and Special parts of the CC provisions with the aim of harmonizing the sanctions of the norms on criminal liability for offenses against the foundations of national security of Ukraine was emphasized

Proposals for criminal legislation provisions improving have been formulated assuming such a structure: a) exclusion of deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities from the content of the sanctions of Art. 111-1, 111-2 CC, regardless of whether it is the main or additional mandatory punishment; b) supplementing Part 1 of Art. 55 CC with a provision regarding the mandatory imposition of this punishment if there are grounds for collaborative manifestations or aggressor state assistance for a period of 10 to 15 years; c) to consider the possibility of extending this prescription of Part 1 of Art. 55 CC to all criminal violations against the foundations of national security of Ukraine.

Key words: penalization; criminal sanctions; main and additional punishments; appointment of punishment; deprivation of the right to hold certain positions or engage in certain activities.

Постановка проблеми та її актуальність. Включення до кримінального законодавства норм про відповідальність за колабораційну діяльність

та пособництво державі-агресору спрямовано на створення правових підстав для запобігання вкрай небезпечним діям. В умовах агресивної війни суспільство очікує послідовного та адекватного запобігання правопорушенням проти основ національної безпеки. Відповідно, колабораційна діяльність була криміналізована на підставі Закону № 2108-IX від 3 березня 2022 р. (ст. 111-1 КК); пособництво державі-агресору - на підставі Закону № 2198-IX від 14 квітня 2022 р. (ст. 111-2 КК). Однак санкції відповідних норм виявилися недосконалими. На це звернули увагу не лише теоретики та правозастосувачі, а й самі законотворючі. Вже 29 квітня 2022 р. було подано законопроект № 7329 про внесення змін до ст. 111-1 КК «через необхідність удосконалення покарання за вчинення певних видів колабораційної діяльності» [1].

При цьому, незважаючи на те, що основна увага приділяється формуванню санкцій ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК, доцільно піддати критичному аналізу всі санкції кримінально-правових норм, включених у ст.ст. 111-1, 111-2 КК, зокрема, що стосується покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. В санкціях ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК воно є єдиним основним, а в санкціях ч.ч. 3-8 ст. 111-1 КК та ст. 111-2 КК - додатковим обов'язковим покаранням. Відповідно, законодавець поставив суд перед необхідністю в обов'язковому порядку призначати дане покарання всім (!) винним особам. Це змусило суди «викручуватися» із ситуації, адже за відсутності підстав його призначення суперечить як положенням Загальної частини, так і кримінально-правовій доктрині та судовій практиці.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні питання змісту санкцій за кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України, у тому числі після запровадження «воєнних» новел КК, були предметом фахового розгляду в роботах А.А. Вознюка, Т.А. Денисової, О.О. Дудорова, В.О. Навроцького, В.І. Тютюгіна, М.І. Хавронюка та ін. Безпосередньо проблематика встановлення та призначення покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за колабораційну діяльність висвітлювалася у наукових статтях О.І. Матюшенко, З.А. Загіней-Заболотенко, в монографії Р.О. Мовчана. Також дотичні питання стали предметом обговорення в ході Всеукраїнської науково-практичної конференції «Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабо-

раціонізму», проведеної в Одеському державному університеті внутрішніх справ (липень 2022).

Разом із тим і фахові розвідки, і законопроект № 7329 не дають можливості говорити про єдність бачення змісту санкцій норм, включених до ст. 111-1 КК, в частині покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Санкція ст. 111-2 КК у даному контексті ще детально не розглядалася.

З огляду на викладене метою цієї статті є розгляд проблем пеналізації колабораційної діяльності та пособництва державі-агресору в частині покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, а також вироблення пропозицій щодо удосконалення кримінального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Криміналізація і пеналізація пов'язані між собою як дві сторони одного процесу. «Вторинність» пеналізації [2, с. 80] означає лише те, що при формуванні примусових санкцій має бути врахована діалектика взаємозв'язку складу кримінального правопорушення, характеру та типового ступеня його (правопорушення) суспільної небезпеки і нормативної системи покарань. Остання безпосередньо визначає зміст примусових санкцій норм Особливої частини КК, адже до санкцій не можуть бути включені покарання, що не є частиною системи покарань [3, с. 233, 247]. Це правило працює і тоді, коли законодавець дає можливість суду вийти за межі санкції шляхом призначення додаткового покарання, що в санкції не визначено.

У контексті цієї статті не буде обговорюватися обумовленість змісту санкції зазначених норм характером та ступенем суспільної небезпечності діянь. У цілому вбачається, що в санкціях ст.ст. 111-1, 111-2 КК не порушується принцип пропорційності покарання, принаймні в його розумінні ЄСПЛ. Основним завданням цього принципу ЄСПЛ вважає дотримання положень ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, щоб не допустити призначення покарання, яке є нелюдям або таким, що принижує людську гідність [4, с. 19]. При цьому в правовій позиції Великої Палати у справі *Vinter and others v. The United Kingdom* (2013) [5] наводиться судження британського апеляційного суду в справі *R v. Oakes and others* (2012): оцінка того, що слід вважати співрозмірним покаранням, передбачає різні відповіді у різних країнах, і навіть різні відповіді у різні часи в одній і тій же самій державі [6].

Виходячи з цього, аналіз санкцій, що розглядаються, зокрема й включення у їх зміст позбав-

лення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, не дає підстав говорити про порушення принципу пропорційності. Особи, які йдуть на співпрацю з окупантом, вчиняють умисні дії, спрямовані на допомогу агресорам, мають бути покарані відповідно до закону. У тому числі слід розглядати питання про позбавлення їх можливості в подальшому впливати на політичну ситуацію на загальнонаціональному, регіональному або місцевому рівнях, представляти державу в публічному полі тощо. Однак в контексті дотримання принципів законності і доцільності до змісту санкцій ст.ст. 111-1, 111-2 КК необхідно висловити низку зауважень.

У першу чергу, зазначимо, що позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю є вельми специфічним покаранням, зокрема:

1) це покарання може бути як основним, так і додатковим;

2) закон регламентує п'ять варіантів строків, на які може бути призначено це покарання (ч. 1 ст. 55 КК). Щодо кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 111-1, 111-2 КК, то воно призначається в межах від 10 до 15 років незалежно від того, є воно основним чи додатковим покаранням;

3) воно може бути призначено лише особі, яка на момент вчинення кримінального правопорушення обіймала певну посаду або займалася певною діяльністю. Це підкреслюється вимогою призначати таке покарання лише за таке діяння, яке було вчинено за посадою або у зв'язку із заняттям певною діяльністю [7, с. 192]. В постанові Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 р. уточнюється, що у разі, коли до постановлення вироку підсудний вже не обіймав посаду або не займався діяльністю, з якими було пов'язано вчинення кримінального правопорушення, це не є перешкодою для застосування розглядуваного покарання як додаткового [8]. При цьому у будь-якому випадку призначення цього покарання суд має чітко вказати у вирокі ті конкретні посади, право обіймати які позбавляється засуджений, або конкретний вид діяльності, права займатися якою він позбавляється [9];

4) це покарання як додаткове може бути призначено й тоді, коли воно не зазначено в санкції, з огляду на підстави, визначені в ч. 2 ст. 55 КК. При цьому не можна погодитися з критикою цього припису, що таке формулювання підстави застосування додаткового покарання певною мірою руйнує саму концепцію призначення покарання,

оскільки акцентується увага не на потребі покарати винного, а на визнанні неможливості збереження за правопорушником відповідного права, чим виключається доступ цієї особи до посад чи діяльності, що використовувалися нею для злочинної діяльності [10, с. 164]. Поряд з карою, численності не можна применшувати, є й спеціальна превенція як складова частина мети покарання. Більше того, запобігання кримінальним правопорушенням є завданням КК, що власне і досягається шляхом пеналізації суспільно небезпечних діянь.

Таким чином, зазначене покарання має унікальний потенціал, який дозволяє дуже гнучко використовувати його для запобігання кримінальним правопорушенням навіть тоді, коли законодавець не включив його до змісту санкції. Тому дещо дивним видається формування безальтернативних санкцій у ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК, в яких позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю виступає як єдине основне покарання.

Таке рішення не узгоджується з особливостями складів відповідних кримінальних правопорушень і призводить до призначення цього покарання особам, які ніколи раніше не обіймали певні посади або не займалися певною діяльністю [11, с. 116]. При цьому, уточнемо, що йдеться саме про можливу відсутність зв'язку між діянням та посадою. Так, З.А. Загіней-Заболотенко представила результати опрацювання обвинувальних вироків, постановлених за ч. 1 ст. 111-1 КК: позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю було призначено особам, які ніде не працювали (14 вироків), пенсіонерам (2 вироків), фізичним особам-підприємцям (2 вироків), приватному підприємцеві (1 вирок), малярю (1 вирок), охоронцеві (1 вирок). Фахівчиня доходить висновку, що згідно з ч.ч. 1 та 2 ст. 111-1 КК покарання у вигляді іпозбавлення права фактично стає покаранням «на майбутнє», тобто виступає своєрідним люстраційним заходом стосовно засуджених, однак це фактично нівелює досягнення цілей покарання [12, с. 481].

Аналогічні критичні міркування можуть бути віднесені й до включення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю до змісту санкцій як додаткового обов'язкового (!) покарання (ч.ч. 3-8 ст. 111-1, ст. 111-2 КК). В результаті після відбуття основного покарання у вигляді позбавлення волі жодного правообмежувального впливу за особу об'єктивно не здійснюється.

Тому немає підстав поділити позитивне враження від формування санкцій, зокрема, ст. 111-1 КК [13, с. 67]. На нашу думку, ст. 55 КК містить певні вимоги до призначення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, які відпрацьовані в кримінально-правовій доктрині та втілені у правозастосовну практику. Відповідно, незрозуміло, чому «воєнні» новели КК мають нівелювати сталу логіку правозастосування.

Викладене дає підстави сформулювати бачення щодо позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в контексті змісту санкцій ч.ч. 1-8 ст. 111-1, ст. 111-2 КК з огляду на положення ст. 55 КК. У цьому плані необхідно звернути увагу на теоретичні висновки щодо обумовленості санкцій ступенем суспільної небезпечності діяння та ознаками його складу. З огляду на це можна сформулювати й більш загальні пропозиції удосконалення санкцій норм про кримінальну відповідальність за правопорушення проти основ національної безпеки України.

У першу чергу, слід зазначити, що ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК, санкції яких містять безальтернативне основне покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, відносяться до кримінальних проступків. Однак безальтернативна санкція є притаманною, переважно, діянням з високим ступенем суспільної небезпечності. Тому видається спірним рішення сформулювати «короткі» санкції там, де незначний ступінь суспільної небезпечності дає можливість повніше реалізувати принцип диференціації кримінальної відповідальності, запропонувавши правозастосувачеві кілька заходів впливу на винну особу [3, с. 243]. До речі, в ч. 5 ст. 111-1 КК (тяжкий злочин), ч.ч. 6-7 ст. 111-1 КК (особливо тяжкі злочини), ст. 111-2 КК (особливо тяжкий злочин) законодавець логічно формулює безальтернативні санкції. Виключення становить санкція ч. 8 ст. 111-1 КК, але в ній альтернативою позбавленню волі на певний строк виступає довічне позбавлення волі. Відповідно, слід підтримати пропозиції щодо включення до санкцій ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК кількох видів основних покарань [1; 14, с. 69; 15, с. 99]. Це надасть можливість, не змінюючи категорію кримінального правопорушення, побудувати санкції з адекватним змістом.

Однак розширення переліку основних покарань в санкціях ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК не означає, що є сенс залишати позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю

у якості основного покарання. Зміст кримінально-правових санкцій залежить від типових характеристик суб'єктів, у тому числі й від їхнього правового статусу [3, с. 260]. З огляду на це наявність позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю в ч. 1 ст. 111-1 КК, де йдеться про публічне заперечення або публічні заклики, виглядає нелогічним. Об'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 111-1 КК, включає зайняття посади, однак в такому разі слід поставити питання: чи може суд позбавити винного права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю, якщо він робив це незаконно? Зокрема, на думку О.І. Матюшенко, в такому разі суд не може позбавити винного робити це законно, оскільки тоді засуджений може продовжувати обіймати певну посаду або займатися певною діяльністю незаконно [11, с. 115]. На наш погляд, в такому випадку не можна призначати покарання, що розглядається, але не через небезпеку продовження незаконної «посадової» діяльності, а через відсутність належних підстав. Наприклад, як зазначено у п. 18 постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 р., суд не вправі призначити позбавлення права керувати транспортними засобами особі, яка такого права не має [8]. При цьому, якщо йдеться про основне покарання (ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК), згідно з п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України № 7 від 24 жовтня 2003 р., суд не може перейти до більш м'якого виду покарання через неможливість призначити покарання, наявне в санкції. У таких випадках суд повинен, зокрема, постановити обвинувальний вирок і звільнити засудженого від покарання [8]. Тому при уточненні санкцій ч.ч. 1-2 ст. 111-1 КК доцільно відмовитися від включення до їх змісту позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю і як основного, і як додаткового обов'язкового покарання.

Аналогічні міркування стосуються й санкцій ч.ч. 3-8 ст. 111-1, ст. 111-2 КК: коли немає зв'язку між кримінальними правопорушеннями та службовим становищем суб'єкта або зайняттям ним певною діяльністю, немає підстав для призначення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткового покарання. Тому наявність цього покарання у якості додаткового обов'язкового в зазначених санкціях є нелогічним.

Підсумовуючи викладене, пропонуємо виключити позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю зі змісту санкції

ч.ч. 1-8 ст. 111-1, ст. 111-2 КК. При цьому останній абзац ч. 1 ст. 55 КК слід доповнити імперативним приписом, що за наявності підстав (!) за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 111-1, 111-2 КК, суд повинен (!) призначити позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання.

Поряд із цим доцільно підняти питання про можливість призначення позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років й за інші види кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки України. Адже виникає парадоксальна ситуація, коли за більш суспільно небезпечні діяння - особливо тяжкі злочини, наприклад, державну зраду, є можливість призначення цього покарання як додаткового, однак на строк від 1 до 3 років. Відповідно, за більш тяжкий злочин можна призначити додаткове покарання на значно коротший строк порівняно з менш тяжким діянням. Але це пряме порушення логіки пеналізації.

Таким чином, розгляд питань пеналізації колабораційної діяльності та пособництва державі-агресору актуалізує як окремі аспекти формування кримінально-правових санкцій за ці діяння, так і системні проблеми призначення певних видів покарань, зокрема, й в межах всього розділу I Особливої частини КК.

Висновки. Підсумовуючи викладене, можна сформулювати такі пропозиції:

1) в аспекті удосконалення положень КК пропонуємо: а) виключити позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю зі змісту санкції ч.ч. 1-8 ст. 111-1, ст. 111-2 КК; б) доповнити останній абзац ч. 1 ст. 55 КК положенням, що за наявності підстав за вчинення кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 111-1, 111-2 КК, суд повинен призначити позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як додаткове покарання;

2) є перспективним системне опрацювання положень Загальної та Особливої частин КК з метою узгодження санкцій норм про кримінальну відповідальність за правопорушення проти основ національної безпеки України. Зокрема, щодо обов'язкового призначення додаткового покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк від 10 до 15 років за всі кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки України за наявності відповідних підстав.

Література

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо удосконалення відповідальності за колабораційну діяльність та порядку досудового розслідування злочинів проти основ національної безпеки України : проект Закону України № 7329 від 29.04.2022 р. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39519> (дата звернення: 26.09.2022).

2. Пономаренко Ю.А. Поняття пеналізації злочинів. *Питання боротьби зі злочинністю*: зб. наук. праць ІВПЗ АПРН України. 2009. Вип. 17. С. 71-84.

3. Орловська Н.А. Санкції кримінально-правових норм: засади та принципи формування : дис... д-ра юрид. наук. Одеса, 2012. 432 с.

4. Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights / European Court of Human Rights. 2021. 29 p.

5. Case of Vinter and others v. The United Kingdom (2013) / Grand Chamber; Judgment. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122664> (дата звернення: 27.09.2022).

6. R v. Oakes and others (2012): Case № : (1) 2012/03270; (2) 2011/04249; (3) 2012/00658; (4) 2012/01317; (5) 2012/04805 in The Court of Appeal (Criminal Division). URL: <http://surl.li/deulo> (дата звернення: 27.09.2022).

7. Тютюгін В.І. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як вид покарання. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. № 1(17). С. 184-212.

8. Про практику призначення судами кримінального покарання : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24.10.2003 р. № 7. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-03#Text> (дата звернення: 27.09.2022).

9. Постанова Верховного Суду від 1.11.2018 року у справі № 753/12073/15-к (провадження № 51-2250км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77654120> (дата звернення: 26.09.2022 р.)

10. Давлатов Ш.Б. Особливості призначення додаткового покарання у вигляді позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. *Правова позиція*. 2019. № 4(25). С. 158-165.

11. Матюшенко О.І. Проблемні питання позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю за колабораційну діяльність. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2022. № 1(17). С. 110-119.

12. Загиней-Заболотенко З.А. Позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю як основне покарання за окремі форми колабо-

Протидія злочинності: проблеми практики та науково-методичне забезпечення

раційної діяльності. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 5. С. 479-482.

13. Марченко О.А. Деякі питання диференціації кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність в Україні. *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму*: матер. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 21 липня 2022 р. Одеса : ОДУВС, 2022. С. 65-68.

14. Мицька О.І. Окремі питання пеналізації колабораційної діяльності. *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму*: матер. Всеукр. наук.-практ. конф.,

м. Одеса, 21 липня 2022 р. Одеса : ОДУВС, 2022. С. 68-70.

15. Резніченко Г.С. Деякі проблеми кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність. *Актуальні питання кримінально-правової кваліфікації, документування та розслідування колабораціонізму*: матер. Всеукр. наук.-практ. конф., м. Одеса, 21 липня 2022 р. Одеса : ОДУВС, 2022. С. 97-99.

Орловська Н. А.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального і
адміністративного права
Одеського національного морського університету