

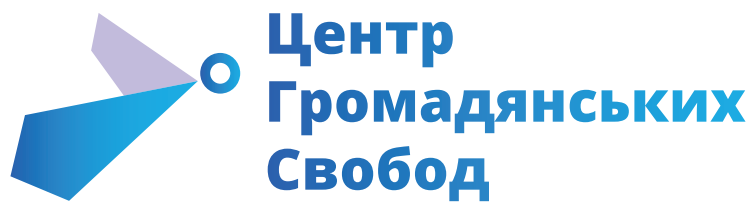
Ганна Маляр

**Аналіз вітчизняного
законодавства та судової
практики щодо притягнення
до кримінальної відповідальності
за підготовку, розв'язування
та ведення агресивної війни**

2020



**Центр
Громадянських
Свобод**



м. Київ, вул. Басейна 9г, оф. 28

Електронна пошта:
ccl.org.ua@gmail.com

www.ccl.org.ua

fb.com/ccl.org.ua

**Аналіз вітчизняного законодавства
та судової практики щодо притягнення
до кримінальної відповідальності
за підготовку, розв'язування
та ведення агресивної війни.**

Ганна Маляр

кандидат юридичних наук

Голова Центру правових

та кримінологічних досліджень.

ЗМІСТ

1. Вступ	7
2. Чому з юридичної точки зору в Україні агресивна війна, а не тероризм чи внутрішній конфлікт	8
3. Чи відповідає визначення злочину «агресія» в міжнародному праві сучасним світовим викликам	12
4. Як вітчизняне законодавство стоїть на заваді кваліфікації злочину агресивна війна та притягненню винних до відповідальності	17
5. Аналіз вітчизняної судової практики щодо притягнення до кримінальної відповідальності за підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни	20
Висновки	32
Список використаних джерел	34

Вступ

Відповідальність за агресивну війну передбачена як міжнародним, так і національним законодавством. У 2014 року Україна вперше за часів незалежності стикнулася з необхідністю застосовувати у слідчій та судовій практиці ст. 437 Кримінального кодексу України (далі КК України) «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни». Ні теорія, ні вітчизняна правозастосовна практика не були готові до застосування норм про збройну агресію, воєнні злочини, злочини проти людяності. Варто згадати, що темі злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку завжди приділяли мало уваги і в освітніх програмах, і в наукових дослідженнях. Адже ця тема не вважалась актуальною, та й судової практики для вивчення, фактично, не було. Натомість, сьогодні в Україні вже не треба нікого переконувати у необхідності створення ефективних юридичних норм щодо агресії та проведення досліджень і розробок у цій сфері.

Потреба застосовувати під час досудового слідства та судового розгляду ст. 437 КК України «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни» породила чимало питань щодо відповідності тексту статті сучасним проявам агресивної війни. Чи охоплює редакція згаданої статті всі форми і способи підготовки або ведення війни, що застосовуються в нинішньому цифровому світі? Які дії агресора можна вважати плануванням та підготовкою до війни? Як правильно дати юридичну оцінку інформаційним спецопераціям та кібератакам однієї держави проти іншої? Адже зазначені дії так само, як і військова зброя, здатні зруйнувати мир та міжнародний правопорядок. Та й, взагалі, чи зможе юридична дефініція охопити всі форми і прояви гібридної агресивної війни?

Саме на такі питання повинна сьогодні відповісти юридична спільнота та без зволікань розробити зміни до чинного вітчизняного законодавства. Водночас Україна повинна стати флагманом удосконалення міжнародних нормативно правових актів, які так само не відображають сучасні форми агресивної війни. Кожен день відсутності норм права, які б відповідали сучасним викликам гібридних загроз, тягне за собою безкарність та розв'язує руки державам-агресорам.

Чому з юридичної точки зору в Україні агресивна війна, а не тероризм чи внутрішній конфлікт

З самого початку російської агресії в Україні точиться дискусія — як юридично оцінити зазначені події. Дуже швидко сформувався і вкоренився міф, що війна називається «війною» лише тоді, коли одна зі сторін збройного конфлікту її формально оголосила. Ускладнювала цю дискусію офіційна назва «антитерористична операція», яку декілька років використовувала українська держава стосовно міжнародного збройного конфлікту на сході України.

Натомість, міжнародні правові акти, ратифіковані Україною, допускають визнання війни, як різновиду збройного конфлікту міжнародного характеру, навіть тоді, коли стан війни не визнаний однією із сторін або не оголошений. Філософія міжнародних правових актів щодо злочину агресії полягає в тому, що про війну свідчать факти застосування сили, а не заява про них чи визнання. Зазначений підхід ґрунтується на тому, що юридичне підтвердження факту не створює самого факту, а лише його за-свідчує. Так, положення **Женевських конвенцій про поводження з військовополоненими та про захист цивільного населення під час війни** 1949 р. поширюються на «збройні конфлікти, що можуть виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни» [1, 2]. **А в Резолюції про визначення агресії Генеральної Асамблеї ООН 1974 р. зазначаються дії, які слід кваліфікувати як агресію, незалежно від оголошення війни** [3]. Тож, збройна агресія, тобто війна, може мати місце й тоді, коли вона не оголошена або не визнана однією зі сторін конфлікту.

Агресивні військові дії, розпочаті Російською Федерацією у 2014 році, містяться у тексті вже згадуваної Резолюції про визначення агресії і це дає підстави стверджувати, що по відношенню до України розв'язано саме війну, а не щось інше. Зокрема, відповідно до пунктів а, д статті 3 зазначеної Резолюції, **незалежно від оголошення війни**, будуть кваліфікуватись як агресія наступні дії:

- ▶ будь-яка **анексія** території іншої держави з застосуванням сили;
- ▶ заслання державою або від імені держави **озброєних банд, груп, іррегулярних сил або найманців**, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави або значна участь держави у таких діях.

Таким чином, по факту, на Сході України та в Криму здійснюється агресія іноземної держави, тобто війна.

Наслідком помилкової офіційної юридичної оцінки збройної агресії стало притягнення до кримінальної відповідальності тисяч осіб з хибною кваліфікацією злочинних дій, а саме — як за терористичні злочини. В свою чергу, так звані «ЛНР» та «ДНР» — це не терористичні організації, а не передбачені законом воєнізовані формування, під відповідальним командуванням, які ведуть бойові дії та контролюють частину території України за прямим сприянням з боку Росії. Зокрема, стали загальновідомими факти переміщення з території Росії на територію Луганської та Донецької областей зброї та бойовиків.

На підтвердження цього НАТО 28 серпня 2014 року оприлюднила супутникові знімки, на яких зображені російські бойові сили, що беруть участь у військових діях на суверенній території України. На знімках, зроблених в кінці серпня 2014 р., зображені російські самохідні артилерійські підрозділи, що рухаються в колоні через українські села і готуються до бойових дій шляхом створення вогневих позицій в районі міста Краснодон Луганської області. Бригадний генерал Нідерландів Ніко та директор Центру комплексного управління кризами і операціями, сказав, що зображення підтверджують істотне підвищення рівня і складності російського військового втручання в Україну [4].

З приводу цих зображень висловив занепокоєння генеральний секретар НАТО і звернувся до Росії з вимогою зупинити потік зброї та бойовиків на територію України. Окрім того, докази присутності російських регулярних військ та російського озброєння на території України зібрані Лондонською дослідницькою групою Forensic Architecture на замовлення Європейського центру захисту прав людини (EHRAC) [5]. Ці докази підготовлені з метою приєднання до кримінальної справи проти Росії, яка буде слухатись Європейським судом з прав людини. Докази містять численні супутникові знімки російських збройних автоколон всередині України і численні спостереження танка Т-72Б3 — нової моделі, яка на момент боїв під Іловайськом експлуатувалася тільки російськими збройними силами.

Таким чином, є зафіксовані ознаки війни, як різновиду міжнародного збройного конфлікту, а не поширення на сході України та в Криму такого явища, як тероризм. Тобто помилка в оцінці фактичних подій призвела до помилок в юридичній кваліфікації.

Крім того, не була врахована **мета** злочинних дій учасників міжнародного збройного конфлікту на сході України, що так само призвело до помилки юридичної кваліфікації. Адже обов'язковою кваліфікуючою ознакою терористичного акту та інших злочинів терористичної спрямованості є **мета** з якою вчиняється або планується терористичний акт. Так, в диспозиції ст. 258 КК України «Терористичний акт» наведений вичерпний перелік різновидів мети цього злочину, а саме: порушення громадської безпеки, залякування населення, провокація воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення, вплив на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими

особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста). Кожен з цих різновидів мети і є тією обов'язковою ознакою, що відрізняє будь-яке інше застосування зброї, вчинення вибухів і підпалів від терористичного акту. Бойовики так званих «ЛНР» та «ДНР» не приховують свою мету — це посягання на територіальну цілісність України. У визначенні терористичного акту в Кримінальному кодексі України такої мети немає. Тобто, в діях бойовиків відсутня одна з основних ознак терористичного акту, а саме — мета, яка чітко визначена законом. Це означає, що кваліфікація злочинних дій учасників так званих «ЛНР» та «ДНР» та інших осіб, які посягають на територіальну цілісність України, як злочинів терористичного характеру — безпідставна.

Тож, в Україні відбувається міжнародний збройний конфлікт, який є наслідком зовнішнього агресивного втручання іншої держави, а не терористичні акти. Те, що озброєні іноземні формування підтримують окремі громадяни України, жодним чином не змінює міжнародний статус конфлікту на внутрішній.

Правильна юридична кваліфікація зазначених подій має значення для застосування норм не лише національного, а й міжнародного права. Зокрема, визнання війною подій на Сході України та в Криму зобов'язує воюючі сторони дотримуватись законів та звичаїв ведення війни. Приміром, наші військові, які незаконно утримуються російськими бойовиками, користуватимуться правами військовополонених, що передбачено міжнародним правом. Зокрема, полоненим зобов'язані надавати медичну допомогу, праця військовополонених не може мати відношення до військових дій, тобто бути направленою проти України, та повинна оплачуватись, військовополонених зобов'язані утримувати, годувати, надавати медичну допомогу, а у разі тяжкого фізичного стану переправляти полоненого на батьківщину. Воююча держава, яка захопила полонених, зобов'язана створити інформаційну службу та надавати на запит інформацію щодо кожного полоненого. Натомість, на терористів, які захоплюють заручників, зазначені норми не поширюються. Відповідальність за військовополонених несе держава, бійці якої захопили їх у полон. У цієї держави юридично можна вимагати компенсацію за працю полоненого та завдану його здоров'ю шкоду. Натомість юридичної перспективи вимагати такої компенсації від терористів немає. Тож, Росії вигідно, аби її агресивні дії кваліфікувалися як тероризм.

Крім того, міжнародним правом чітко встановлені правила поведінки воюючих сторін — заборонено жорстоке поводження з військовополоненими та цивільним населенням; забороняється атакувати чи бомбардувати незахищені міста, селища, будівлі; встановлений обов'язок нападаючої сторони попереджувати про бомбардування; забороняється грабувати захоплені населені пункти; встановлені заборони на руйнуванні історичних об'єктів та таких, що мають високу культурну цінність. Юридичне визнання російської агресії одразу переводить її в статус порушника законів та звичаїв війни, які встановлені нормами міжнародного права. А отже, є підстави для притягнення держави-агресора до відповідальності.

Варто зазначити, що попри п'ятирічну суспільну дискусію довкола «неоголошеної війни», в Україні є поодинокі випадки логічної та грамотної правової оцінки дій агресора. Наприклад, у рішенні Білокуракинського районного суду Луганської області по справі № 409/2799/16-к встановлено причинно-наслідковий зв'язок між діями військовослужбовців служби за контрактом Збройних Сил Російської Федерації, а саме — вторгнення на адміністративну територію України в районі н. п.

Побеєда-Берестове Старобешевського району Донецької області — і загибеллю значної кількості військовослужбовців Збройних Сил України, співробітників МВС України, Національної гвардії України та втратою озброєння і військової техніки. Тож, такі дії кваліфіковано за ст. 437 КК України як розв'язування та ведення агресивної війни.

Крім того, в судовій практиці є приклад, коли рішенням Жовтневого районного суду м. Маріуполя Донецької області зафіксовано факт планування, підготовки та розв'язування агресивної війни державною владою Росії: «упродовж 2013 року у зв'язку з демократичними процесами, які відбувалися в Україні, невстановлені на цей час досудовим розслідуванням представники влади Російської Федерації на території Російської Федерації вступили у злочинну змову та домовилися про здійснення протиправних умисних дій, спрямованих на порушення суверенітету і територіальної цілісності України, зміну меж її території та державного кордону на порушення порядку, встановленого Конституцією України. Досягти вказаної мети вказані особи вирішили шляхом ведення агресивної війни проти України, у тому числі з використанням підрозділів Збройних Сил Російської Федерації, створення і фінансування терористичних організацій та вчинення інших злочинів» [6]. Та нажаль, випадки коректної юридичної кваліфікації агресії є швидше виключенням, а не правилом судової практики. Більше того, подібні рішення свідчать про певну професійну сміливість суддів, оскільки йдуть у розріз з офіційною оцінкою подій.

Чи відповідає визначення злочину «агресія» в міжнародному праві сучасним світовим викликам

Притягати до відповідальності за розв'язування агресивної війни необхідно як держави-агресори, так і фізичних осіб, адже невідворотність покарання є важливим елементом протидії злочинам проти миру. Однак на заваді покаранню агресорів часто стоїть не лише політика, але й застарілість норм міжнародного права. Робота над визначенням агресії в міжнародному праві стимулювали війни, але сьогодні бюрократичні процедури прийняття міжнародних правових актів об'єктивно не дозволяють встигати за гібридними проявами сучасних війн. За таких умов нам потрібно добре розуміти вади міжнародних норм про агресію, не переоцінювати можливість їх застосування та активніше зайнятись національним законодавством і правосуддям.

Вся історія людства супроводжується війнами та збройними конфліктами. Так, за останні 55 століть людство жило у мирі лише 300 років. Протягом цих століть відбулося приблизно 15 тисяч війн, в яких загинуло 3,6 мільярди осіб [7]. Попри такі згубні наслідки, визнавати злочином застосування збройної сили однією державою проти іншої міжнародне співтовариство почало лише у XX столітті.

Аж до часів новітньої історії у міжнародному праві не існувало самого поняття агресії як протиправного діяння. Становлення принципу заборони агресивної війни відбувається лише в XX столітті. Активізація міжнародного співтовариства щодо правового врегулювання агресії відбувалась після двох світових війн. До Другої світової війни агресивна війна неодноразово в міжнародних угодах визнавалась міжнародним злочином, проте вони не містили заборону війни як засобу врегулювання міжнародних спорів [8].

Важливу роль у забороні війни, як засобу національної політики, відіграв досі чинний Пакт Бріана-Келлога підписаний у 1928 р. та відомий також як **Паризький пакт**. Він став першою багатосторонньою міжнародною угодою про відмову від

війни як способу врегулювання міжнародних конфліктів. Відтоді в міжнародному праві з'явилась універсальна норма, що замінила право на війну правом на мир та заклала принцип заборони агресивної війни. В Пакті вживається термін «**війна**», але немає його визначення та й, взагалі, за змістом Пакт більше походить на декларацію. В тексті Пакту немає зобов'язань сторін та гарантій виконання сторонами умов договору, немає прямої заборони війни, формулювання доволі обережні й такі, що можуть тлумачитись по-різному. Фактично, країни-учасниці Пакту домовились лише по трьом позиціям — вони **засуджують** застосування війни як засобу урегулювання міжнародних спорів, **відмовляються** у своїх взаємних відносинах від такого як знаряддя національної політики та **визнають**, що врегулювання міжнародних конфліктів, має завжди здійснюватися тільки мирними засобами [9]. Як показала історія, Паризький пакт не зміг зупинити агресію з боку держав-підписантів. І вже за декілька років Японія, Німеччина та Італія грубо його порушили.

Разом з тим, ідея заборони на застосування сили в міжнародних відносинах міцнішала та отримала новий виток розвитку в Статуті Організації Об'єднаних Націй, який заборонив застосування не лише збройної сили, а й сили взагалі, а також погрозу силою (п. 4 ст. 2). На основі принципу **незастосування сили** створено і діє система колективної безпеки, завданнями якої є підтримання загального миру та безпеки, запобігання і придушення актів агресії.

Багато років тривала суперечка між країнами-членами ООН щодо доцільності і технічної можливості визначення агресії через правову норму. Нарешті, у 1974 році в Резолюції Генеральної асамблеї ООН визначається поняття агресії. В статті 1 зазначається, що агресія — це застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканості чи політичної незалежності іншої держави, або якимось іншим чином, несумісним із Статутом Організації Об'єднаних Націй, як це встановлено у даному визначенні. Таким чином, застосування державою збройної сили кваліфікується як акт агресії лише в тому випадку, коли по-перше, має місце міжнародний конфлікт і, по-друге, суперечить Статуту, тобто вчинено на порушення цілей, принципів і положень Статуту Організації Об'єднаних Націй [3].

Також у статтях 2, 3 Резолюції зазначається ще одна ознака агресії — застосування збройної сили державою першою на порушення Статуту, та перелік дій, які будуть кваліфікуватись як акт агресії. Попри існування такого визначення і переліку дій, Організація Об'єднаних націй залишає за собою право доповнювати перелік дій, які будуть кваліфікуватись як акт агресії, та в кожному випадку прояву агресії окремо визначати агресора.

Такий підхід до визначення агресії створює лазівки для вибіркового застосування норми та може свідчити про наступне: по-перше, дати універсальне, на всі випадки, юридичне визначення агресії поки що неможливо, по-друге, світове співтовариство, під впливом найпотужніших держав світу, свідомо залишає в нормах міжнародного права «простір для маневру» аби продовжувати безкарно застосовувати силу у взаємовідносинах між державами.

Відповідно до прийнятого визначення агресії, агресором чи жертвою визнаються суверенні держави. Також, згідно з поясненням до статті 1 згадуваної Резолюції можливе застосування терміну «група держав» у відповідних випадках.

Варто зазначити, що міжнародне співтовариство не зупиняється у своєму прагненні все ж таки створити універсальне визначення злочину агресія та почати застосовувати його в судовій практиці. Зокрема, юрисдикція Римського статуту

Міжнародного кримінального суду (далі МКС) поширюється в тому числі і на злочини агресії [10]. Натомість, визначення агресії не було на момент набрання Римським статутом законної сили у 2002 р., а тому в самому статуті зазначається, що юрисдикція МКС відносно злочинів агресії буде поширюватись на відповідні злочини після прийняття визначення агресії.

Процес розробки визначення агресії та умов здійснення юрисдикції МКС завершився на Конференції держав-учасників Римського Статуту Міжнародного кримінального суду ще у червні 2010 року в Уганді. А з 2010 по 2018 роки тривав збір необхідної кількості підписів держав під визначенням агресії, і лише після цього визначення набуло чинності. Але здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії Міжнародний кримінальний суд може лише з 17 липня 2019 р., тобто через рік після набуття чинності визначення агресії в Римському статуті. Ось це визначення агресії, яке тепер є частиною Римського статуту: «Злочин агресії означає планування, підготовку, ініціювання чи реалізацію особою, яка в змозі фактично здійснювати керівництво або контроль за політичними чи військовими діями держави, акту агресії, який в силу свого характеру, серйозності і масштабів є грубим порушенням Статуту ООН».

Вже перший аналіз показує, що визначення суттєво обмежує коло осіб, які зможуть бути притягнутими до міжнародної кримінальної відповідальності за вчинення злочину агресії. Фактично, йдеться лише про керівників, які приймають рішення та дають команди. Але термін «грубе порушення Статуту ООН» створює лазівку та можливість судити злочинців не за всі вчинені акти агресії, а лише за ті, що грубо порушили Статут ООН. Хоча заради справедливості треба сказати, що будь-який акт агресії порушує статут ООН. Тому, наразі не зрозуміло за яким критерієм Міжнародний кримінальний суд та Радбез ООН будуть визначати грубо чи не грубо акт агресії порушив Статут ООН.

Дати універсальне визначення агресії в нормативно правовому акті — завдання надзвичайно складне. Підтвердженням тому є десятиліття, що минули у спробах міжнародної спільноти це визначення створити. Ще складніше визначитися з юрисдикцію міжнародних судових органів відносно актів агресії, оскільки це мусить бути колективне рішення, яке влаштовуватиме більшість країн світу. Тож, не дивно, що міжнародна спільнота все ще використовує визначення агресії від 1974 року, яке вже довело свою юридичну слабкість. Та й, нове визначення, розроблене на виконання норм Римського Статуту, через надто тривалий час розробки та складну процедуру узгодження між усіма зацікавленими державами, вже не встигає за новими реаліями сучасних форм і методів ведення агресивної війни.

Це означає, що цілому ряду дій, які по суті є елементами агресії, не буде надано юридичну оцінку. Наприклад, кіберпростір наділений не меншим, ніж військова зброя, потенціалом для силового захоплення держави. Але кібер та інформаційні операції, які загрожують миру та безпеці людства так само, як авіа удари, не кваліфікуються юридично в контексті агресивної війни.

Гібридна війна, як явище, вже давно досліджується та описана науковцями, експертами, аналітиками. Більше того, термін «гібридна війна» сьогодні зустрічається не лише в роботах дослідників, але в офіційних заявах, зокрема від Генерального секретаря НАТО Йенса Столтенберга. Так, він наголошує на тому, що гібридні методи ведення війни, такі як пропаганда, обман, диверсія та інші невійськові тактики, давно використовуються для дестабілізації противників. В атаках, що спостерігаються останніми роками, з'являється чимало нових ознак — це їх швидкість,

масштабність та інтенсивність, що сприяє швидким технологічним змінам та глобальній взаємопов'язаності. Саме тому, НАТО вже сформувала стратегію щодо своєї ролі у протидії гібридній війні і готова захищати Альянс та союзників від будь-якої загрози, будь то звичайної чи гібридної [11]. Але міжнародне право й досі не містить нормативного визначення гібридної війни чи її елементів.

Таким чином, оцінити юридично міжнародні асиметричні конфлікти та неконвенційні війни неможливо через відсутність відповідних норм права. Україна, як жертва гібридної війни, нажалі змушена шукати способи і шляхи притягнення агресора до відповідальності в умовах неактуальних норм міжнародного права.

Проти України застосовується різні режими ведення війни, які описані автором концепції гібридної війни Ф. Хоффманом як гібридні, а саме: стандартне озброєння, нерегулярні тактики і формування, терористичні акти, в тому числі насильство і примус, та кримінальний безлад [12]. До цього можна додати інформаційні спецоперації Росії проти України, які так само є елементом гібридної війни та дозволяють завдавати шкоду державі без використання військової зброї. Інформаційний вплив на супротивника зменшує та здешевлює витрати на важке озброєння, а також дає змогу у разі вдалого захоплення території, зберегти інфраструктуру.

Прикладом застосування інформаційних спецоперацій, як елемента війни, може бути анексія Криму. До того, як російські військові захопили півострів, було проведено декілька інформаційних операцій, які значно полегшили анексію. Зокрема, в інформаційному просторі Криму була нав'язана «альтернатива» з очевидним вибором — або ісламізація, або приєднуватись до Росії. Штучно створювались конфлікти з представниками кримськотатарського народу, нагніталась довкола них суспільна напруга та навіювалась ніби то загроза від ісламізації півострова. Як альтернатива подавалась перспектива возз'єднання з Росією. У 2013–2014 роках до псевдо загрози з боку кримськотатарського народу в інформаційний простір Криму додали загрозу «фашистської хунти з Києва».

Ще однією інформаційною операцією, яка була по суті готуванням до агресивної війни, але через застарілість норм права не може отримати такої юридичної оцінки, є «анти призовна кампанія». Протягом більше як 10 років, українське суспільство інформаційно готували до добровільного знищення власної боєздатності, тобто армії. Якщо проаналізувати ключові меседжі цієї інформаційної операції та її системність, стає очевидно, що вона не була спонтанною, а являла собою вдало розроблений план заходів. Зокрема, поступово українське суспільство переконали у тому, що утримувати армію немає сенсу, бо економіка слабка, зовнішніх загроз немає, а дідівщина в армії, взагалі, ганьбить цивілізовану Україну. На виборах обіцянка скасувати призов до армії ставала популярною та давала підтримку виборців. Планомірна інформаційна дискредитація оборонного відомства та кадрова політика в сфері оборони — призвели до повної руйнації української армії. Варто згадати, що міністром оборони в Україні аж до початку агресивної війни був громадянин Росії [13].

В рамках цієї кампанії було прийнято ряд управлінських рішень, які максимально ослабили українські збройні сили перед нападом ворога. Зокрема, Янукович підписав Указ «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2012 року „Про Концепцію реформування і розвитку Збройних Сил України на період до 2017 року“» від 29.12.2012 № 772/2012. Зазначена концепція передбачала не лише скорочення витрат на армію та скорочення її чисельності, але й започатковувала перехід на контрактну армію. За два тижні до побиття студентів на Майдані Янукович

видав ще один указ № 562 від 14 жовтня 2013 року, яким скасував обов'язковий призов на строкову службу у **Збройні сили**.

Указом було постановлено не здійснювати в 2014 році призов у Збройні сили України та інші військові формування, окрім внутрішніх військ Міністерства внутрішніх справ України. Таким чином, станом на 2014 рік Українські збройні сили знаходились на перехідному етапі, коли призову вже не було, а контрактна армія не була належним чином сформована. Боездатність армії була мінімальною.

Тож, вочевидь, що з боку Російської Федерації багато років здійснювалась підготовка до ведення війни в Україні. Натомість, такі дії формально не підпадають під розуміння готування до збройної агресії в міжнародному праві, а отже особи, які їх вчиняли — як громадяни Росії, так і громадяни України — не понесуть за це відповідальність.

Як вітчизняне законодавство стоїть на заваді кваліфікації злочину агресивна війна та притягненню винних до відповідальності

Вітчизняне законодавство виявилось не готовим не тільки до кваліфікації гібридних загроз але й класичної конвенційної війни. Тому, з 2014 року довелось вносити чимало змін до законів та навіть відновлювати військову прокуратуру, яка була свого часу ліквідована так само як і військові суди — через непотрібність. Тепер вже зрозуміло, що знищення військової юстиції та занедбаність законодавства на випадок війни було помилкою або довготривалим планом агресора.

У вітчизняних законах зустрічається декілька термінів, які вживаються у значенні війни — «збройна агресія», «війна», «агресивна війна». Враховуючи, що міжнародні правові акти, підписані та ратифіковані Україною, є частиною національного законодавства, то маємо в нашому законодавстві ще й терміни з міжнародних актів, які так само за змістом означають війну — «акт агресії» [3,15], «злочин агресії» [10], «агресія» [3], «агресивна війна» [14,3], війна[1,2,9].

Що стосується міжнародних актів, то хронологічно можна відстежити еволюцію підходу до визначення війни, від безпосередньо терміну «війна», який зустрічається в міжнародних актах з 20-х років минулого століття, до «злочин агресія», який вживається у Римському Статуті, що набув чинності у 2002 році. Натомість, всі ці терміни є чинними, бо залишаються чинними міжнародні правові акти, в яких вони вжиті.

Водночас, у вітчизняному законодавстві складно виділити підходи чи еволюцію підходів до визначення злочину агресії, швидше безсистемне заповнення законодавчого вакууму у разі актуалізації проблеми. Контент аналіз законодавства України на предмет визначення «війни» демонструє хаос, відсутністю єдиного підходу та суперечності, що ускладнює кваліфікацію дій злочинців. Нижче у таблиці наведені визначення та розуміння агресії у вітчизняному законодавстві.

НПА

ВИЗНАЧЕННЯ

Визначення Агресії Резолюція ГА ООН 1974	Агресією є застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави, або яким-небудь іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй, як це зазначено в цій ухвалі.
Закон «Про оборону України»	Збройна агресія – застосування іншою державою або групою держав збройної сили проти України.
Закон «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту»	Війна є різновидом бойових дій.
Закон «Про національну безпеку України»	Війна є видом воєнного конфлікту.
Кримінальний кодекс України	Визначення агресивної війни відсутнє, але у ст. 437 агресивна війна відділена від воєнного конфлікту, тобто не є його різновидом.

Проблема відсутності уніфікованого підходу до визначень стала очевидною, коли довелося застосовувати у кримінальних провадженнях статтю 437 КК України — планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни. Адже з тексту самої статті не випливає, що саме слід розуміти під агресивною війною. В інших вітчизняних законах так само немає визначення **агресивної війни**. Закон «Про оборону України» дає визначення **збройної агресії**, яке повністю дублює визначення **агресії** з Резолюції ГА ООН «Визначення агресії».

Здавалось би, можна звернутись до міжнародних правових актів, які є частиною українського законодавства, та використати з них визначення агресивної війни аби здійснити коректну кваліфікацію дій в кримінальному процесі. Тобто, теоретично, можна було б визнати тотожність термінів «агресивна війна», «збройна агресія», «агресія» та автоматично використовувати під час кваліфікації визначення з Резолюції ООН «Визначення агресії» 1974 р. [3]. Але з цього визначення випливає єдиний суб'єкт відповідальності — держава. Це зрозуміло у випадку застосування такої норми міжнародними судовими органами, які мають юрисдикцію притягати до відповідальності державу. Натомість, для національного законодавства бажано мати розширене визначення агресії, що не суперечить нашим міжнародним зобов'язанням. Але у вітчизняному законодавстві такого визначення немає. Зупинити судову практику це не може, тому в кожній справі суддя на власний розсуд тлумачить як визначення агресивної війни, так і коло осіб, які можуть притягатись до кримінальної відповідальності.

В той же час у вітчизняному законодавстві є визначення збройної агресії, яке міститься у Законі «Про оборону України». Воно за змістом походить на сутність «агресивної війни», але через те, що формально це різні терміни, а не уніфікований один, його не можна використати для тлумачення диспозиції ст. 437 КК України.

Таким чином, українське законодавство визначає «збройну агресію» як застосування іншою державою або групою держав збройної сили проти України. **Збройною агресією** проти України вважається будь-яка з таких дій:

- ▶ вторгнення або напад збройних сил іншої держави або групи держав на територію України, а також окупація або анексія частини території України;
- ▶ блокада портів, узбережжя або повітряного простору, порушення комунікацій України збройними силами іншої держави або групи держав;
- ▶ напад збройних сил іншої держави або групи держав на військові сухопутні, морські чи повітряні сили або цивільні морські чи повітряні флоти України;
- ▶ засилання іншою державою або від її імені озброєних груп регулярних або нерегулярних сил, що вчиняють акти застосування збройної сили проти України, які мають настільки серйозний характер, що це рівнозначно переліченим в абзацах п'ятому — сьомому цієї статті діям, у тому числі значна участь третьої держави у таких діях [15];

Такого визначення було достатньо аби одразу дати точну юридичну оцінку подіям в країні, натомість для притягнення до кримінальної відповідальності конкретних людей за планування, підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни його використати неможливо.

Для ефективного застосування вітчизняного законодавства необхідно уніфікувати терміни, які вживаються в значенні «війна», тобто запровадити єдиний термін. По-друге, слід сформулювати для застосування у кримінальних провадженнях таке визначення війни, яке б дозволило притягати до відповідальності широко коло осіб, а не лише командування. По-третє, вже настав час розробляти норми права, які б охоплювали не лише конвенційні форми ведення війни, але й гібридні.

Український Парламент робить спроби осучаснити визначення злочину агресії, але до них є серйозні застереження. Так, у Верховній Раді зареєстровано законопроект №2689 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права». Законопроектом пропонується замінити чинне визначення агресивної війни на визначення злочину агресії, що міститься у Римському статуті в ст. 8-біс. Але таке дослівне копіювання норми у національне кримінальне законодавство унеможливить притягнення до кримінальної відповідальності на національному рівні всіх, хто веде проти України війну, але не здійснює контроль або керівництво військовими діями; по-друге, призведе до звільнення вже засуджених вітчизняними судами бійців іррегулярних воєнізованих формувань, контрольованих Російською Федерацією «ДНР/ЛНР».

Річ у тім, чинна редакція ст. 437 КК України передбачає широке коло осіб, що можуть бути суб'єктами вчинення цього злочину. Це означає, що до кримінальної відповідальності можуть притягатись як рядові бійці регулярних та іррегулярних збройних формувань агресора, так і особи, які здійснювали управлінські функції з реалізації агресивних планів, загальне керівництво всіма задіяними у війні силами, проводили військові операції тощо.

Зміни до ст. 437 КК України, які пропонуються у законопроекті №2689, призведуть до звуження кола суб'єктів відповідальності за агресивну війну.

А це саме той випадок, згідно ст.58 Конституції України, коли закон матиме зворотню дію у часі, оскільки скасує відповідальність цілого ряду осіб.

Аналіз вітчизняної судової практики щодо притягнення до кримінальної відповідальності за підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни

За 6 років агресії в Україні, у період з квітня 2014 по червень 2020, за звинуваченнями у підготовці, розв'язуванні та веденні агресивної війни, згідно даних Єдиного реєстру судових рішень, набрали чинності 17 вироків. За цими провадженнями притягалось до відповідальності 24 особи, троє серед яких були виправдані. Тобто, протягом згаданого шестирічного періоду за агресивну війну понесли покарання лише 21 особа. Серед засуджених близько 25 % громадяни Російської Федерації, інші — громадяни України, жителі Донецької та Луганської областей.

Аналіз зазначених вироків судів наочно демонструє проблему відсутності визначення «війни» в українському законодавстві. У кримінальних провадженнях немає єдиного підходу до кваліфікації злочинів, вчинених в умовах міжнародного збройного конфлікту на сході України. Ідентичні за своїм характером і змістом діяння кваліфікуються прокуратурою та судами за трьома, в даній ситуації, конкуруючими нормами. Приміром, служба та виконання бойових завдань у не передбаченому законом воєнізованому формуванні «ДНР/ЛНР» має три варіанти кваліфікації у вироків судів, а саме — як створення не передбачених законами України воєнізованих формувань, ст. 260 КК України; створення терористичної групи чи терористичної організації, ст. 258–3 КК України; планування, підготовка, розв'язування, ведення агресивної війни, ст. 437 КК України. В усіх вироків щодо ведення агресивної війни, дії злочинців одночасно кваліфіковані ще й як створення терористичної організації або створення не передбаченого законом воєнізованого формування. Так, у 70 % вироків щодо ведення війни дії підсудних

кваліфіковані за сукупністю за ст. 258–3 та ст. 437, тобто, створення терористичної організації та ведення агресивної війни. І, відповідно, 30 % кваліфіковані за сукупністю ст. 260КК України та ст. 437КК України — створення не передбаченого законом військового формування та ведення агресивної війни.

Хронологія винесення зазначених судових рішень доволі красномовна. До 2018 року вирок за ведення агресивної війни містять водночас кваліфікацію за ст. 258–3 КК України створення терористичної організації. Натомість з 2018 року кваліфікація служби в лавах так званих «ДНР/ЛНР» у справах щодо ведення агресивної війни змінюється з терористичної організації на не передбачене законом воєнізоване формування.

Ймовірно, це пов'язано зі зміною офіційної юридичної оцінки подій на сході України. Так, до 24 лютого 2018 року офіційно бойові дії на сході України мали статус анти-терористичної операції. Натомість, після набуття чинності Закону «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях», війну було названо війною і закріплено у законі наступне: «Російська Федерація чинить **злочин агресії** проти України та здійснює тимчасову окупацію частини її території за допомогою збройних формувань Російської Федерації, що складаються з регулярних з'єднань і підрозділів, підпорядкованих Міністерству оборони Російської Федерації, підрозділів та спеціальних формувань, підпорядкованих іншим силовим відомствам Російської Федерації, їхніх радників, інструкторів та іррегулярних незаконних збройних формувань, озброєних банд та груп найманців, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих Російською Федерацією, а також за допомогою окупаційної адміністрації Російської Федерації, яку складають її державні органи і структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та підконтрольні Російській Федерації самопроголошені органи, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України».

Таким чином, до проблеми відсутності визначення агресивної війни додалась ще плутанина з офіційною юридичною оцінкою подій на сході країни. Наприклад, у п. 7 ст. 1 Закону «Про очищення влади» та в Законі «Про військово-цивільні адміністрації» встановлено, що в Україні одночасно в одному і тому ж регіоні відбувається — і антитерористична операція, і відсіч збройній агресії. Зрештою, таке роздвоєння позиції законодавчої та виконавчої влад відобразилось на кваліфікації дій осіб, які брали участь у здійсненні агресії проти України.

Станом на червень 2020 року набуло чинності близько 2000 вироків судів щодо злочинних дій, які за змістом є веденням агресивної війни. Лише в 17 з них для кваліфікації використано ст. 437 КК України — планування, підготовка, розв'язування, ведення агресивної війни, але не як самостійний злочин, а в сукупності зі створенням терористичної організації (ст. 258–3) чи не передбаченого законом воєнізованого формування (ст. 260). В інших вироків фактичне ведення агресивної війни кваліфіковано як терористичний злочин або як створення не передбаченого законом воєнізованого формування.

Нижче наводиться таблиця, яка демонструє 5 різних підходів у вироків вітчизняних судів до кваліфікації дій учасників так званих «ДНР/ЛНР». Причини такого різноманіття — це мінливість офіційної юридичної позиції держави щодо подій на сході України та відсутність досвіду у вітчизняній юстиції щодо кваліфікації злочину агресії.

ч. 2 ст.437,
ч. 1 ст. 258–3
КК України

Так, у період часу з червня 2014 року (точний час та дату під час досудового розслідування встановити не виявилось можливим) по січень 2017 року, ОСОБА_2, діючи у складі не передбаченого законом збройного формування, разом з іншими членами не передбаченого законом збройного формування, приймала активну участь у діяльності не передбаченого законом збройного формування так званої «Луганської народної республіки», а саме **була командиром взводу снайперів розвідувальної роти 4 ОМБР «ЛНР», та приймала участь у бойових діях, здійснювала розвідувальну діяльність на передових лініях розташування Збройних Сил України, Національної Гвардії, підрозділів територіальної оборони, інших правоохоронних органів України, провокації, обстріли українських позицій, з використанням вогнепальної зброї, вибухових речовин, та іншого озброєння, на території Слов'яносербського району міста Алчевська Луганської області та інших міст та районів Луганської та Донецької областей.**
<http://reyestr.court.gov.ua/Review/69845264>

ч.2 ст.260
ч. 1 ст. 437
КК України

Особа 2-з початку вересня 2014 року (точна дата органом досудового розслідування не встановлені) по 26 вересня 2014 року **у складі так званого батальйону «Зоря»** терористичної організації «ЛНР» виконував функції по забезпеченню дотримання іншими учасниками вказаного незаконного збройного підрозділу дисципліни, виконання покладених на них обов'язків щодо патрулювання та несення служби на блокпостах, а також **участі у бойових діях проти України** у особі підрозділів сил АТО для забезпечення оборони позицій указаного незаконного збройного підрозділу від сил антитерористичної операції з метою перешкоджання їх законній діяльності по відновленню територіальної цілісності України та забезпеченню правопорядку на території Луганської і Донецької областей.
<http://reyestr.court.gov.ua/Review/81092219>

ч. 2 ст. 260
КК України

В середині травня 2014 року, ОСОБА_1, являючись жителем м.Красний Лиман Донецької області, прибув до блокпосту, розташованого поблизу розважально-гостинного комплексу «Царицино» в сел.Брусино Краснолиманського району Донецької області, при цьому, усвідомлюючи протиправність своїх дій, з метою участі у діяльності непередбаченого законами України збройного формування самопроголошеної так званої «Донецької народної республіки», назвавши свої анкетні данні **увійшов до вказаного незаконного збройного формування** під командуванням ОСОБА_5 Ознайомившись зі встановленими правилами поведінки, розпорядками, правами та обов'язками члена вказаного незаконного збройного формування, ОСОБА_1 дав свою згоду на їх дотримання та виконання, підтвердивши тим самим свої наміри на участь у зазначеному незаконному збройному формуванні і виконанні його цілей та завдань. Продовжуючи свою протиправну діяльність, ОСОБА_1 в період з середини до кінця травня 2014 року, здійснюючи свої умисні протиправні дії у складі непередбаченого законами України збройного формування самопроголошеної «Донецької народної республіки», **систематично виконував накази свого безпосереднього командира та здійснював визначені йому функції по окупації м.Красний Лиман** Донецької області, перебуваючи у визначений йому час на блокпосту, а також систематично виконував накази свого безпосереднього командира по здійсненню визначених йому завдань по організації та проведенню пропускового режиму на блокпосту. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41320734>

ч. 1 ст. 258-3
КК України

Допитаний у судовому засіданні неповнолітній обвинувачений ОСОБА_1 визнав себе винним у скоєнні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 258-3 КК України та підтвердив, що дійсно, у квітні 2014 року він **став членом терористичної організації «ДНР»**. Після чого він, у камуфльованому одязі, на протязі двох тижнів, ніс чергування по охороні штабу «ДНР» м. Артемівська, яке розміщувалось в будинку по вул. Радянській. В подальшому, його було направлено в м. Донецьк, де він **став бійцем формування «Слов*яне»**; йому було видано зброю і він з серпня по листопад 2014 року, зі зброєю у руках, здійснював охорону військової бази республіки у м. Донецьку; потім з кінця листопада по лютий 2015 року ніс чергування по охороні Генерального штабу армії «ДНР» у м. Донецьку та пункту зв'язку російських військовослужбовців у передмісті м. Авдіївки. Також він проходив військову підготовку на полігоні. У лютому 2015 року він **прийняв присягу на вірність «ДНР»** і в травні 2015 року **став бійцем батальйону «Восток»**; отримав посвідчення бійця батальйону «Восток» армії ДНР. <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53594084>

ч.1. ст. 14,
ч. 2. ст. 258,
ч. 1. ст. 258–3,
ч. 2. ст. 260
КК України

Далі, наприкінці липня 2014 року ОСОБА_2 (позивний «ОСОБА_2»), **увійшов до складу розвідувально-диверсійної групи**, яка мала на меті здійснення терористичних актів на території Луганської області. З метою забезпечення функціонування вказаної розвідувально-диверсійної групи, ОСОБА_2 (позивний «ОСОБА_2»), будучи обізнаним в оточуючих лісах, підшукав місце в Пісчановському лісництві, розташованому між селами Олександрівка та Гаврилівка Новоайдарського району Луганської області, для мешкання та укриття членів вказаної групи... У вказаному місці, членами групи був облаштований перевалочний пункт, біля якого виставлені секрети, а також облаштовані місця зберігання боєприпасів та автоматичної зброї, з метою подальшого ведення підривно-диверсійної діяльності на території м. Северодонецька та його околицях. Вказаними діями ОСОБА_2 прийняв участь у непередбаченому законом збройному формуванні та терористичній організації «Луганська народна республіка» та сприяв її діяльності. Далі, на виконання спільного плану, 21 серпня 2014 року вони прослідували з табору, розташованого між селами Олександрівка та Гаврилівка Новоайдарського району Луганської області, в напрямку с. Муратове Новоайдарського району, з метою отримання від представників терористичної організації «ЛНР» зброї — автоматів АК-74 та набоїв до них, гранатометів РПГ-7Д та пострілів до них, РПВ-А «Шмель», вибухівки. ...не повідомляючи про свої злочинні наміри депутата Северодонецької міської ради VI скликання ОСОБА_14, 22 серпня 2014 року отримав від останнього автомобіль марки «УАЗ», реєстраційний номер НОМЕР_1, та доставив його до місця переміщення зброї, після чого, **учасники групи завантажили до вказаного автомобіля зброю, з метою проведення 24–25 серпня 2014 року вказаною групою терористичних актів** в с. Щедрище м. Северодонецька Луганської області.
<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/53554412>

З наведених прикладів вбачається декілька проблем у кваліфікації злочинних дій осіб, які беруть участь у війні проти України.

Перша проблема — це юридична оцінка самих подій на сході України. Агресія є політичним злочином у сфері міжнародної політики [18]. Юридична оцінка таких злочинів завжди складна і неоднозначна, оскільки залежить від політичної кон'юнктури та історичного розвитку подій. Так, на юридичну оцінку злочину агресії з боку міжнародної спільноти часто впливає статус переможця у війні. Побутовий вислів «переможця не судять» насправді має реальне втілення в сучасній історії. Наприклад, СРСР не поніс відповідальності за агресію щодо Фінляндії у 1939 році. Формально Ліга Націй визнала напад незаконним і виключила СРСР зі свого складу. Але за Московською мирною угодою 1940 р. 11 % своєї території Фінляндія передала агресору СРСР, а після завершення Другої світової війни вже за Паризькою

мирною угодою у 1947 р. СРСР захопив нові землі Фінляндії, зокрема населені пункти Петсамо та Салла. Сьогодні ця захоплена територія знаходиться у складі Російської Федерації і міжнародною спільнотою не ставиться питання про юридичну оцінку ситуації. З сьогоднішня можна згадати приклади агресії Російської Федерації щодо Грузії та Молдови. Юридична відповідальність за агресію не настала, ба більше, Грузія програла позов до Росії у Міжнародному суді ООН.

Щодо ситуації в Україні, то міжнародні організації та країни заходу одразу дали оцінку діям Росії, назвавши їх — анексією Криму та збройним вторгненням на сході. Вже з березня 2014 р. НАТО, ОЕСР, ЄС почали застосовувати міжнародні економічні та політичні санкції проти Росії, які обґрунтовувались констатацією агресії, адже анексія та силове вторгнення однієї держави на територію іншої суверенної держави є формами злочину агресії згідно міжнародного права.

Натомість, в самій Україні формально до 2018 року на сході відбувалась анти-терористична операція (АТО). Така юридична позиція влади знайшла своє відображення у кваліфікації прокуратурою та судами подій в Криму та на сході. Наприклад, Генеральна прокуратура за фактом захоплення в Криму будівель Верховної Ради Криму і Ради міністрів автономії відкрила кримінальне провадження за статтею «теракт» [16]. Тож, попри відсутність в диспозиції ст. 258 КК України «Терористичний акт» такої мети вчинення терористичного акту, як посягання на територіальну цілісність, у третині вироків дії учасникам «ДНР/ЛНР» некоректно кваліфіковані як терористичні злочини. Тобто, деякими вирокми судів встановлено, що на сході України з весни 2014 р. відбувається тероризм та боротьба з ним. Інші суди визначили ці ж події як війну. Але трапляються вирокми у яких суд взагалі уникнув кваліфікації самих подій, як, приміром, у вирокмі Павлоградський міськрайонний суд Дніпропетровської області: «Після подій, які стались в квітні 2014 року, коли на території Донецької області було проведено референдум, його рідний брат приймав участь в військових діях у формуванні, підпорядкованому ДНР, його було вбито в серпні 2014 року» [17].

Прикладом типової некоректної кваліфікації подій на сході України, а отже і дій злочинця, може бути рішення Волноваського районного суду Донецької області від 23.09.2015. У вирокмі зазначено, що «протягом січня 2015р. ОСОБА_1, діючи умисно на території Волноваського району, Донецької області, за власною ініціативою сприяв діяльності терористичної організації „Донецька народна республіка“ (далі „ДНР“), утвореної 07.04.2014р. в м.Донецьку, Донецької області, одним із основних завдань якої є зміна меж території та державного кордону України в спосіб, що суперечить порядку, встановленому Конституцією України (а саме — шляхом відокремлення від України території Донецької області в порушення порядку, встановленого Конституцією України, згідно ст. ст. 2, 73)». В цьому ж вирокмі є і таке: «ОСОБА_1 усвідомлював, що основною метою діяльності терористичної організації „ДНР“ є насильницька зміна та повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні, а також зміна меж території і державного кордону України, шляхом створення незаконного державного утворення „ДНР“ на території Донецької області в порушення порядку, встановленого ст. ст. 2, 73 Конституції України» [18].

У зазначеному вирокмі не передбачене законом воєнізоване формування «ДНР» кваліфіковане як терористична організація, але опис діяльності цієї організації містить ознаки інших злочинів, а саме: дій, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади (ст. 109 КК України) та посягання на територіальну цілісність та недоторканність (ст. 110 КК

України). Варто зазначити, що визначення терористичного акту у ст. 258 КК України містить кінцевий перелік того, що може бути метою вчинення теракту і в цьому переліку немає ані посягання на територіальну цілісність, ані повалення конституційного ладу.

По-друге, кваліфікація дій не передбачених законом воєнізованих формувань «ДНР/ЛНР» за ст. ст. 109, 110 КК України або за ст. 258 КК України мала б право на життя, якби бойовики на сході України були самостійними у своїх намірах та діях, а збройний конфлікт в Україні мав би внутрішній характер. Натомість, створення так званих «ДНР/ЛНР» є елементом системи заходів Російської Федерації, спрямованих на силове захоплення частини території України. Громадяни України, які взяли в руки військову зброю та воюють на боці «ДНР/ЛНР», фактично є російськими найманцями, що підтверджується зарплатнею, яку вони отримують щомісяця у російських рублях та виконанням розпоряджень вищого керівництва Росії. Такі факти неодноразово встановлювались українськими судами [19]. У зв'язку з цим, помилково вбачається, визначена у цитованому вирокі суду, мета «ДНР», а саме — насильницька зміна та повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні та зміна меж території і державного кордону. Насильницька зміна чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, це злочин передбачений ст. 109 КК України. Втім, за для того, аби дії особи можна було саме так кваліфікувати, треба переконатись, що вони дійсно могли призвести до захоплення законодавчої, виконавчої, судової влади, влади Президента, адже лише у випадку отримання саме такої влади група осіб може суттєво вплинути на суверенітет держави, форму правління, державний устрій [8]. Вочевидь, метою Російської Федерації на порушення Статуту ООН було застосування сили проти суверенітету та політичної незалежності України, в рамках чого, власне, і створювались воєнізовані злочинні формування «ДНР/ЛНР». Таким чином, захоплення окупантом місцевої влади в Донецькій та Луганській областях є елементом плану силового захоплення території України, тобто агресії, а не захопленням державної влади у розумінні ст. 109 КК України.

Що ж до зазначеної у вирокі мети «зміна меж території і державного кордону», то для такої кваліфікації треба встановити дії, спрямовані на передачу частини території України під юрисдикцію іншої держави або на зменшення території України шляхом утворення на її території іншої держави або квазідержави. Тобто, проголошення незалежності будь якої адміністративно територіальної одиниці України чи проведення місцевого референдуму всупереч чинному законодавству, можна кваліфікувати як посягання на територіальну цілісність України. Але ситуація на сході не така однозначна. Дії громадяни України, які брали участь в організації та проведенні незаконних «референдумів» у Криму та в Донецькій і Луганській областях, дійсно, слід кваліфікувати як посягання на територіальну цілісність за ст. 110 КК України, що і має місце у вироках судів. Натомість, участь у не передбачених законом воєнізованих формуваннях «ДНР/ЛНР» або сприяння їх діяльності вже є злочином проти миру, оскільки вчиняється як елемент агресії з боку Російської Федерації, а отже потребує кваліфікації за ст. 437 КК України за планування, підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни.

Та навіть у випадку визначеності з історичним, політичним та юридичним контекстом дій Російської Федерації та громадян України, які беруть участь у діяльності так званих «ДНР/ЛНР», кваліфікація злочинів за ст. 437 КК України є доволі складним завданням. Водночас, кваліфікація дій учасників «ДНР/ЛНР» за ст. 437 КК України

стикається з проблемою невизначеності в кримінальному кодексі щодо того, які саме дії можуть вважатись плануванням, підготовкою, розв'язуванням та веденням агресивної війни і хто може бути суб'єктом відповідальності за цей злочин. Наслідком недосконалої диспозиції ст. 437 КК України є різні, а часом протилежні, позиції судів щодо кваліфікації дій підсудних. Наприклад, Приазовський районний суд Запорізької області у вироку по справі № 325/266/16-к від 29.05.2017 виправдав особу в частині обвинувачення за ст. 437 КК України, тому що не побачив в її діях управлінські дії або керівництво збройними силами чи проведенням військової операції. Свою позицію щодо того, які саме дії слід вважати веденням війни, суд виклав наступним чином: «веденням агресивної війни або агресивних воєнних дій визнаються управлінські дії з реалізації агресивних планів, зокрема, загальне керівництво всіма задіяними у війні чи у воєнному конфлікті силами, керівництво збройними силами або проведення військових операцій тощо. Ці дії вчиняються після того, як агресивна війна чи воєнний конфлікт уже розв'язані, і можуть включати в себе внесення змін до плану війн чи воєнного конфлікту, створення нових планів ведення розпочатої війни чи воєнних дій».

Жодних доказів того, що ОСОБА_2 вчиняв управлінські дії з реалізації агресивних планів, загальне керівництво всіма задіяними у війні чи у воєнному конфлікті силами, керівництво збройними силами, проводив військові операції, вносив зміни до плану війни чи воєнного конфлікту, створював нові плани ведення розпочатої війни чи воєнних дій, стороною обвинувачення суду не надано» [19]. Натомість, у цій справі судом було встановлено, що «у середині листопада 2014 року продовжуючи злочинну діяльність, ОСОБА_2, перебуваючи в с. Саханка Новоазовського району Донецької області вступив до складу незаконного збройного формування „Семінівський батальйон“ терористичної організації „ДНР“ на посаду стрілка, а також йому не встановленими органом досудового розслідування особами було надано військовий квиток терористичної організації „ДНР“, після чого він продовжував брати участь у складі зазначеного незаконного збройного формування». Приазовський районний суд Запорізької області кваліфікував такі дії за ст. 258–3 КК України як створення терористичної організації.

На противагу цьому рішення, так само посилаючись на Резолюцію Генеральної Асамблеї ООН про визначення агресії 1974 року, Жовтневий районний суд м. Маріуполя Донецької області у справі № 263/15014/15-к вважає, що участь у незаконних збройних формуваннях «ДНР/ЛНР» є агресивною війною, оскільки «агресією, незалежно від того, чи мало місце формальне оголошення війни, є не тільки вторгнення або напад збройних сил держави на територію держави або будь-яка військова окупація, але і інші дії, в т.ч. засилання державою збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави». Таке розуміння агресії впливає з системного тлумачення Резолюції ГА ООН про агресію та Крім того, узгоджується з визначенням поняття «збройна агресія», яке використовується у ст. 1 Закону України «Про оборону України».

Крім того, Жовтневий районний суд м. Маріуполя у згаданому рішенні об'єктивно зазначає, що «формулювання ч. 2 ст. 437 КК України (ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій) не містить вказівки на спеціальний суб'єкт злочину, тож суд приходиться до висновку, що суб'єкт злочину, передбаченого ч. 2 ст. 437 КК України є загальним, а склад цього злочину охоплює не тільки дії винних осіб у складі регулярних збройних сил агресора, але й у складі незаконних збройних формувань, терористичних організацій, тощо» [20].

Російсько-українську війну, зазвичай, називають гібридною. Дійсно, система заходів по захопленню частини території України, які вже реалізувала Російська Федерація, окрім класичного збройного вторгнення, включають безліч інших дій. Якщо кожну з них розглядати окремо, поза контекстом війни, що і відбувається у судовій практиці, то можна нарахувати чимало різних злочинів — терористичні злочини, посягання на територіальну цілісність, створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань, незаконне поводження зі зброєю, дії спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади, диверсія.

Натомість, події в Криму та на сході України, які розпочалися 20 лютого 2014 року, слід оцінювати як агресію та кваліфікувати дії осіб, які беруть участь у війні проти України, як злочини проти миру, а саме — пропаганда війни, планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни, порушення законів та звичаїв війни, найманство тощо. В такому випадку ведення агресивної війни буде охоплювати злочинну діяльність іррегулярних збройних формувань на тимчасово окупованій території, вчинення вибухів та підпалів, посягання на територіальну цілісність та не потребуватиме додаткової кваліфікації за ст. ст. 109, 110, 258–3 КК України.

Попри винесення судами у період з 2014 по 2020 близько 2 тисяч вироків за різні види терористичних злочинів, у судовій практиці немає єдиного розуміння та підходу до юридичної оцінки злочинної діяльності членів «ДНР/ЛНР» навіть у контексті тероризму. Відсутність коректної і стабільної юридичної позиції держави щодо не передбачених законом воєнізованих формувань «ДНР/ЛНР» відображається на вироках судів, що легко відстежити у визначеннях та епітетах, які застосовують суди поряд з аббревіатурою «ДНР/ЛНР». Нижче наведені уривки з вироків судів, які демонструють 6 підходів до визначення «ДНР/ЛНР»:

1. «Приймав участь у самостійно створеному радикально налаштованому, не передбаченому законом збройному формуванні — батальйон „Восток“, який підконтрольний самопроголошеній „Донецька народна республіка“ (далі ДНР), яка діє на території Донецької області в зоні проведення антитерористичної операції». <http://reyestr.court.gov.ua/Review/49532141>
2. «Основною метою її діяльності є насильницька зміна та повалення конституційного ладу, захоплення державної влади в Україні, а також зміна меж території і державного кордону України шляхом створення незаконного державного утворення „ДНР“». <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44720443>
3. «07 квітня 2014 року, точний час в ході досудового слідства не встановлено, у м. Донецьку та в окремих районах та населених пунктах Донецької області створено стійке ієрархічне об'єднання — злочинну організацію, так звану „Донецьку народну Республіку“ (далі „ДНР“)» <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46816724>
4. «ОСОБА_2 з листопада 2014 року увійшов в створену невстановленою досудовим розслідуванням особою терористичну організацію так звану „Донецьку народну республіку“» <http://reyestr.court.gov.ua/Review/47327939>
5. «Протягом січня 2015р. ОСОБА_1, діючи умисно на території Волноваського району, Донецької області, за власною ініціативою сприяв діяльності терористичної

організації „Донецька народна республіка“ (далі „ДНР“), утвореної 07.04.2014р. в м. Донецьку, Донецької області, одним із основних завдань якої є зміна меж території та державного кордону України». <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51123690>

6. Маючи намір на вступ до незаконного збройного формування самопроголошеної ДНР, з метою прийняття участі у її діяльності за матеріальну винагороду, ОСОБА_2 прийняв рішення про вступ до формування. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45297278>

Ще одна проблема, з якою стикнулася правозастосовна практика, окрім юридичної оцінки подій, що відбуваються в Криму та на сході з 2014 року, — це встановлення точної дати їх початку і завершення. Коректне визначення дати має важливе значення для кваліфікації злочинів вчинених під час анексії Криму та тимчасової окупації ОРДЛО, оскільки такі злочини є похідними від конкретної події — війни, незаконного проголошення незалежності тих чи інших регіонів тощо.

Дискусійними в судовій практиці виявились, зокрема, дати створення/проголошення так званих «ДНР/ЛНР» та початку агресивної війни.

У вироках щодо злочинів, вчинених членами так званих «ДНР/ЛНР», зустрічаються наступні варіанти дати створення цих не передбачених законом воєнізованих формувань: «протягом березня-травня 2014р» [20], «з квітня 2014» [22], «у березні-квітні 2014» [23]. Очевидно, що такою датою слід вважати день, коли зазначені не передбачені законом воєнізовані формування самі незаконно оголосили про своє створення, а це 7 квітня 2014 — «ДНР» та 27 квітня 2014 року «ЛНР». А от дата початку війни не згадується у вироках, попри те що вона має ключове значення для кваліфікації злочинів проти миру, вчинених в Криму і на сході України. Встановити точну дату початку агресії не так складно, адже анексія Криму армією Російської Федерації розпочалась 20 лютого 2014 зі вступу на територію Кримського півострова російських військових без розпізнавальних знаків. Підтвердженням цьому є також медаль «За повернення Криму» — відомча нагорода Міністерства оборони Росії, на якій датою початку анексії Кримського півострова вказано саме 20 лютого 2014. В українському законодавстві так само зустрічаються різні підходи до дати початку агресії. Так, у Постанові ВРУ «Про Звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором» — вжито дату «наприкінці лютого 2014». А от у Законі України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» використано дату 20 лютого 2014. **Щоправда згадується ця дата у законі, як час початку тимчасової окупації, а не агресивної війни, але на неї можна спиратись у правозастосовній практиці.**

Крім відсутності в державі єдиного підходу до юридичної оцінки подій в Криму та на сході України, що розпочались 20 лютого 2014, кваліфікацію злочинів, вчинених у контексті цих подій, ускладнює неготовність вітчизняного кримінального законодавства відобразити гібридність війни. Сучасний інструментарій війни давно вийшов за межі безпосередньо прямого бою. Силове захоплення територій інших держав відбувається, скажімо, і з використанням інформаційних та психологічних спецоперацій, що дозволяє захоплювати територію ворога не руйнуючи інфраструктуру. Натомість, вітчизняне законодавство не відображає сучасних

методів війни, що позбавляє можливості дати юридичну оцінку всім діям агресор або робить таку оцінку доволі дискусійною.

Українські суди фіксують прояви гібридності війни у вироках, але, звісно, не можуть використати їх для кваліфікації злочинів через відсутність зазначених ознак у законодавстві. Зокрема, суди описують дії агресора, які прямо не передбачені законодавством як агресія, але вчиняються в комплексі з бойовими діями та є невід'ємною частиною заходів з захоплення території України, наприклад, організоване ведення інформаційно-пропагандистської підривної діяльності.

З текстів досліджених вироків національних судів випливає дві ознаки гібридності, які мають місце в російсько-українській війні, але дати їм юридичну оцінку вкрай складно через неготовність законодавства до кваліфікації гібридних загроз. Перша ознака — це «інформаційна війна», яка є потужною зброєю агресора. Інформаційні операції щодо громадян України в Криму та на сході проводились Росією на всіх етапах агресії — підготовка, планування, розв'язування та ведення війни. Треба віддати належне, що у справах про агресивну війну суди вперше в історії України почали встановлювати факти проведення інформаційних операцій, інформаційного впливу на громадян України та його наслідки, попри застарілість законодавства. Зокрема, у вирокі Красноармійського міськрайонного суду Донецької області, справа № 235/9442/15-к від 22.09.17 зазначено про безпосередній вплив пропаганди на поведінку підсудного: «Оскільки він сирота, житла не має, потрібні були гроші, і враховуючи вплив пропаганди з екранів телебачення, то він вирішив погодитися і після звільнення приїхав до м. Донецька, де вступив до підрозділу „Оплот“ в якості розвідника...».

Про інформаційний вплив, як елемент плану по захопленню території України йдеться у вирокі Жовтневого районного суду м. Маріуполя Донецької області: «З метою реалізації вказаного умислу, невстановлені на цей час досудовим розслідуванням представники влади Російської Федерації, діючи за попередньою змовою групою осіб, упродовж 2013 року на території РФ розробили злочинний план, яким передбачалося для досягнення військово-політичних цілей РФ, поряд із застосуванням політичних, дипломатичних, економічних та інформаційних засобів, застосування засобів прихованого характеру, які полягали у використанні протестного потенціалу населення південно-східних регіонів України, формуванні під інформаційним впливом внутрішньої опозиції для створення постійно діючого фронту по всій території України» [6].

Для того, аби мінімізувати опір місцевого населення та схилити його на бік агресора, Росія на нині окупованих територіях використовувала одночасно з військовою зброєю ще й інформаційну. Цілеспрямоване, методичне, масове поширення інформаційної продукції відповідного змісту дозволяє формувати потрібну громадську думку, розпалювати конфлікти, підбурювати великі групи людей на певні вчинки тощо. Які завдання виконувала російська інформаційна компанія, що супроводжувала захоплення частини української території та які думки навіювались українцям зафіксовано у вирокі Держинського міського суду Донецької області у справі 1кп/225/389/2015 від 25.09.2015: «Одночасно за допомогою засобів масової інформації здійснювалось спотворення свідомості частини населення України з метою зміни світоглядних настанов, зародження сумніву в необхідності та доцільності спільного існування в рамках самостійної, унітарної, суверенної держави Україна з європейським вектором розвитку, підбурювання до міжетнічних конфліктів, розпалювання сепаратистських настроїв серед населення окремих регіонів України (Автономної

ОСОБА_6 Крим і м. Севастополя та південно-східних областей), провокування національних зіткнень, формування хибного образу частини українського населення як „націонал-фашистів“, котрі мають інші духовні та моральні цінності, пропагують культ насильства та знуцання над російськомовним населенням України.

За допомогою всіх видів медіа ресурсів РФ у цей період розпочато негативне викривлення подій на „Євромайдані“, якими вказувалось на хибність Європейського вектору розвитку зовнішніх відносин України та шляхом перекручування, хибного тлумачення, компонування інформації для зміни свідомості та ставлення громадян РФ і місцевих жителів південно-східних регіонів України щодо дійсності та значення подій, які насправді відбувались в Україні, представників опозиційних сил зображали як прихильників націоналістичних поглядів та побудови української держави на засадах ідей національної самосвідомості та ідентичності, учасників національно-визвольного руху середини ХХ століття (ОУН, УПА) — як прибічників та послідовників фашизму, пропагуванні їх неповноцінності за ознаками ідеологічних та політичних переконань».

Друга ознака гібридності, яка впливає з текстів вироків судів і значно ускладнює кваліфікацію дій агресора, — це проголошення так би мовити народних республік на окупованих територіях. Адже формально Росія позиціонує цю обставину як громадянську війну в Україні та боротьбу народів за самовизначення. Таким чином, збройна агресія прихована під штучно створені самим же агресором квазіреспубліки, в яких ніби то відбуваються вибори, ніби то існують суди, правоохоронні органи тощо. Така гібридність дійсно ускладнює процес юридичної оцінки зазначених подій, оскільки багато хто у правозастосовній практиці відділяє війну від проголошення так би мовити народних республік. Вперше така помилка була допущена ще у 2014 році, коли війну офіційно назвали «АТО». Як наслідок, таку офіційну позицію відобразили і суди у своїх вирокках. Але є чимало доказів того, що так звані «ДНР/ЛНР» отримують гроші та зброю від Росії, тобто не є самостійними сепаратистами. Зокрема, є Рішення Суду Європейського союзу від 25.01.2017 щодо заморожування активів російського виробника протиповітряних систем концерну «Алмаз-Антей», в якому встановлено, що Російська Федерація постачає зброю на тимчасово окуповану територію сходу України [21]. Також доказом фінансування так би мовити народних республік з боку Росії є «російський рубль», який став грошовою одиницею на окупованих територіях.

Тож, попри формальне існування, так би мовити, республік та участь їх представників у мінському форматі перемовин, очевидним є те, що управління цими територіями здійснює Росія. Тобто саме існування «ДНР/ЛНР», навіть якщо вони не ведуть активний бій, повинно кваліфікуватись як агресивна війна.

Аналіз вироків вітчизняних судів щодо злочинів, вчинених учасниками «ДНР/ЛНР» під час бойових дій, демонструє те, що за 5 років війни так і не розроблений єдиний підхід до кваліфікації зазначених злочинів, не запропоновано юридичної формули для використання у правозастосовній практиці визначень «ДНР/ЛНР», не встановлено уніфікованих дат початку не лише історично значущих подій, але й таких, що прямо впливають на кваліфіковано злочинів, вчинених як проти миру, так і проти основ національної безпеки України.

Висновки

До 2014 року тема агресивної війни в українському праві вважалась неактуальною, а отже була обділена увагою як науковців, так і практиків. Зрештою, у ситуації очевидної війни, вітчизняна правозастосовна практика розгубилась і не розробила єдиного підходу до кваліфікації дій агресора та його прибічників.

З одного боку, єдиному правовому підходу до кваліфікації агресії завадила мінлива офіційна позиція виконавчої та законодавчої гілок влади. Так, 13.04.2014 через організовані Кремлем, так звані, сепаратистські акції та захоплення державних установ на сході України виконуючий обов'язки Президента України Указом від 14.04.2014 № 405/2014 затвердив рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України» та Україною розпочато на території Донецької та Луганської областей широкомасштабну антитерористичну операцію із залученням Збройних Сил України та інших військових формувань. В ситуації, коли в країні офіційно триває антитерористична операція, правоохоронні органи та суди переважно розглядали справи саме в контексті тероризму. Натомість, були і поодинокі рішення судів, які називали війну війною, а дії злочинців кваліфікували як агресивну війну. Таким чином утворилось декілька підходів до кваліфікації ідентичних злочинних дій. Тобто, за один і той же злочин, хтось був засуджений за тероризм, а хтось — за агресивну війну.

Та навіть у випадку існування єдиного підходу до кваліфікації подій в Криму та на сході України як агресивної війни, постає проблема застарілості норм Кримінального кодексу України, які встановлюють відповідальність за злочини проти миру, адже законодавство не готове до його застосування в умовах гібридної війни. Зокрема, без юридичної оцінки залишаються інформаційні спецоперації Росії, які по суті є елементом злочину агресії, але по факту не підпадають під норми Кримінального кодексу України.

Ще одним проявом гібридності російської війни, стало створення на тимчасово окупованій території не передбачених законом воєнізованих формувань «ЛНР/ДНР». Діяльність цих так би мовити республік формально не охоплюється диспозицією статті 437 КК України — «планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни», але по факту є нічим іншим, як елементом силового захоплення

території України. Гібридність створення та діяльності так би мовити «ДНР/ЛНР» полягає в тому, що по суті це війна, але зовні такі дії містять деякі ознаки терористичної діяльності. Така гібридність захоплення Росією частини території України призвела до численних помилок у правозастосовній діяльності, оскільки практика пішла шляхом розділення агресії на окремі дії — агресії, тероризм, сепаратизм. Насправді ж, це все є елементи агресивної війни Росії проти України, тобто всі ці прояви координуються з одного центру і мають спільну мету — захоплення території нашої держави. А отже, кваліфікувати злочинні дії учасників не передбачених законом воєнізованих формувань «ДНР/ЛНР» слід як агресивну війну.

Список використаних джерел

1. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153
2. Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154
3. Резолюція Генеральної Ассамблеї ООН 3314 (XXIX) от 14 декабря 1974 г. Определение агрессии. Офіційний сайт ООН. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://www.un.org/russian/terrorism/pv1941.htm>
4. NATO releases satellite imagery showing Russian combat troops inside Ukraine. NATO official website 28.08.2014 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_112193.htm
5. New evidence emerges of Russian role in Ukraine conflict / The Guardian 18.09.2019 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://bit.ly/36Pak5Y>
6. Вирок Жовтневого районного суду м. Маріуполя Донецької області від 09.08.2017 у справі № 263/15014/15-к [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://reestr.court.gov.ua/Review/68182221>
7. Електронний словник «Вікіпедія». [Електронний ресурс]:
Режим доступу: <http://ru.wikipedia.org>
8. Декларация Лиги Наций об агрессивных войнах 1927 года /
Гарантии безопасности по Статуту Лиги Наций. — М., 1937.
9. Договір про заборону війни як засобу національної політики
(Пакт Бріана-Келлога) [Електронний ресурс]. — Режим доступу
до ресурсу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_647
10. Римський статут [Електронний ресурс]. — Режим доступу
до ресурсу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588
11. NATO's response to hybrid threats. NATO Secretary General Jens Stoltenberg
at the inauguration of the European Centre of Excellence for Countering Hybrid
Threats. Finland, 2 October 2017 [Електронний ресурс]. — Режим доступу
до ресурсу: https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_156338.htm

12. Hybrid Warfare and Challenges By Frank G. Hoffman //Small wars journal, 2009 issue 52 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://smallwarsjournal.com/documents/jfqhoffman.pdf>
13. Звичайно, що російські агенти є в Міноборони України: Полторак про звільнення Гладкого. Сайт 24 каналу від 24.04.2018 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: https://24tv.ua/zvichayno_shho_rosiyski_agenti_je_v_minoboroni_ukrayini_poltorak_pro_zvlnennya_gladkogo_n957375
14. Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй 1970р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_569
15. Закон України «Про оборону України» 1991 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12?find=1&text=%E0%E3%F0%E5%F1%B3>
16. ГПУ відкрила провадження за фактом захоплення адмінбудівель в Криму за статтею «теракт»// Тиждень від 27.02.2014 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://tyzhden.ua/News/103392>
17. Рішення Павлоградського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 15.05.2015 р. у справі 189/613/15-к [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44166056>
18. Вирок Волноваського районного суду Донецької області від 23.09.2015 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51123690>
19. Вирок Приазовського районного суду Запорізької області від 29.05.2017 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66759767>
20. Вирок Шепетівського міськрайонного суду Хмельницької області від 21.05.2015 у справі 688/1332/15-к [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/44307339>
21. Рішення Суду Європейського союзу від 25.01.2017 щодо заморожування активів російського виробника протиповітряних систем концерну «Алмаз-Антей» [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-01/cp170006en.pdf>
22. Вирок Краматорського міського суду Донецької області від 12.10.2015 у справі № 234/11709/15-к [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52281395>
24. Вирок Орджонікідзевського районного суду міста Маріуполя Донецької області від 12.04.2017 у справі № 265/7705/15-к [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65990469>

Експертне доповнення щодо суб'єкта злочину агресії за чинною редакцією статті 437 КК та за статтею 437 КК в редакції законопроекту № 2689.

Автор: Задоя Костянтин Петрович, доцент кафедри кримінального права та кримінології КНУ ім. Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук

1. Згідно з міжнародним кримінальним правом агресія є злочином так званого лідерського характеру. Зокрема, це виявляється в тому, що суб'єктами агресії визнаються лише особи, які здатні фактично здійснювати контроль чи керівництво над політичними чи військовими діями держави (див., зокрема, статтю 8bis(1) PC).

2. Позбавлення злочину агресії його лідерського характеру на національному рівні шляхом визнання суб'єктами цього злочину будь-яких осіб, а не лише осіб, які здатні фактично здійснювати контроль чи керівництво над політичними чи військовими діями держави, приховано порушуватиме так званий імунітет комбатанта. Цей імунітет, що є частиною сучасного міжнародного гуманітарного права, передбачає, що в рамках збройного конфлікту міжнародного характеру особа, яка належить до однієї із сторін конфлікту, не підлягає відповідальності за саму участь у збройному конфлікті та дії, вчинені у зв'язку з такою участю, незалежно від того, чи розв'язала сторона, до якої належить особа, той чи інший збройний конфлікт. При цьому імунітет комбатанта не захищає учасника бойових дій від відповідальності за позбавлення життя інших людей, заподіяння їм шкоди, знищення чи пошкодження чужого майна, вчинені з порушенням норм міжнародного гуманітарного права, тобто за воєнні злочини.

3. Крім того, широкий підхід до криміналізації злочину агресії істотно підтриватиме досягнення ключової цілі міжнародного гуманітарного права — мінімізацію людських страждань в умовах збройного конфлікту. Якщо учасник збройного конфлікту усвідомлюватиме, що сама лише його участь у збройному конфлікті розглядатиметься як злочин протилежною стороною конфлікту, додержання правил міжнародного гуманітарного права значною мірою втрачатиме для нього сенс.

4. У світлі зазначеного вище застосування українськими судами чинної редакції статті 437 КК до осіб, що далекі від лідерського статусу, має оцінюватися вкрай критично. Подібна практика є юридичною «міною уповільненої дії».

За відсутності прямої правової позиції Верховного Суду щодо сфери дії статті 437 КК за колом осіб зазначені судові рішення не можна вважати достатнім підтвердженням того, що чинна редакція статті 437 КК справді підходить до питання про суб'єкта злочину агресії ширше, аніж міжнародне право. Принаймні з не меншим успіхом згадані рішення можна трактувати як заборонене ч. 4 ст. 5 КК застосування закону за аналогією, адже в загальній множині вироків, постановлених до осіб, що брали участь в російсько-українському збройному конфлікті на боці Російської Федерації, частка вироків, якими обвинувачених засуджували за чинною редакцією статті 437 КК, є відносно невеликою.

У підсумку немає підстав для категоричного твердження про те ще, законопроект № 2689 підходить до питання про суб'єкта злочину агресії вужче за чинну редакцію статті 437 КК.

5. Більш широкий підхід до суб'єкта злочину агресії у порівнянні з міжнародним правом не можна виправдати національними інтересами держави, оскільки й заборона застосування сили чи погрози нею, й похідна від неї заборона злочину агресії покликані захистити колективну зацікавленість усього людства в мирному співіснуванні держав. Відповідно, одностороннє «розширення» державою на національному рівні обсягу вказаних заборон матиме характер маніпулювання нормами міжнародного права. Це, зрештою, підриватиме легітимність тих вкрай несприятливих для особи наслідків, які законопроект 2689 передбачає для осіб, що вчинили злочин агресії на рівні Загальної частини КК (незастосування строків давності, незастосування амністії тощо).

