

Газдайка-Василишин І. Б.

МІСЦЕ НОРМИ ПРО НАСИЛЬНИЦЬКЕ ЗНИКНЕННЯ В СИСТЕМІ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ УКРАЇНИ

УДК 343.4; 341.4

Актуальність проблеми. Чинна кримінально-правова норма, що встановлює кримінальну відповідальність за насильницьке зникнення в Україні, породжує проблеми як доктринального, так і правозастосовного характеру, зокрема проблеми розмежування насильницького зникнення від суміжних складів кримінальних правопорушень в процесі кримінально-правової кваліфікації, випадки неоднотипного застосування відповідних норм та, пов'язані із цим, гострі наукові дискусії. Одним із таких проблемних і невирішених питань залишається питання щодо об'єкта цього злочину та місця норми про насильницьке зникнення в системі вітчизняного закону про кримінальну відповідальність. Тому наукове осмислення окресленої проблематики видається актуальним та необхідним, особливо з огляду на те, що належна імплементація норми про відповідальність за насильницьке зникнення в український кримінальний закон є конвенційним зобов'язанням нашої держави.

Стан дослідження проблеми. В науці кримінального права, незважаючи на нетривалий час чинності норми про насильницьке зникнення, доволі часто піднімаються питання щодо її розуміння, тлумачення, застосування та шляхів вдосконалення. Питання про доцільність виокремлення кримінальної відповідальності за насильницьке зникнення озвучувались на доктринальному рівні ще до прийняття відповідної кримінально-правової норми. Зокрема, окремі аспекти означеної проблематики досліджувались такими вченими, як Авраменко О.В., Андрушко А.В., Броневицька О.М., Денисюк О.В., Задоя К.П., Ліпіна В.В., Марін О.К., Наумова О.С., Політова А.С., Созанський Т.І.

Метою цієї наукової розвідки є вирішення питання про місце в системі українського кримінального закону норми, якою передбачено відповідальність за насильницьке зникнення.

Виклад основного матеріалу. У 2018 році Кримінальний кодекс України (далі – КК) доповнений нормою, що закріплює кримінальну відповідальність за насильницьке зникнення. Ця кримінально-правова норма розміщена в статті 146-1 КК у розділі III Особливої частини, який присвячений кримінально-правовій охороні волі, честі та гідності людини [1].

Про порушення процедури прийняття цієї кримінально-правової норми; про неприпустимість «механічного» перенесення конвенційних положень у законодавство України; про низку проблемних питань, що виникають під час аналізу окремих елементів складу насильницького зникнення; а також про необхідність врахування системності кримінального закону під час доповнення його новими складами кримінальних правопорушень та про те, що стаття 146-1 КК порушує систему існуючих кримінально-правових норм, у вересні 2018 році уже велась мова у спільній із Т.І. Созанським доповіді на Львівському форумі кримінальної юстиції [2]. Дискусії з приводу доцільності розміщення цієї кримінально-правової норми у розділі III Особливої частини від того часу не вщухають.

Зокрема, А.В. Андрушко зазначає, що «на перший погляд» віднесення українським законодавцем насильницького зникнення до посягань на волю, честь та гідність особи не викликає сумнівів [3, с. 150]. Проте згодом схиляється до думки, що об'єктом цього злочину слід вважати «безпеку людства, нормальні умови його існування як біологічного виду» [3, с. 151].

О.К. Марін стверджує, що, доповнюючи кодекс статтею 146-1, законодавець обрав цілком неправильну форму імплементації положень міжнародного кримінального права у національне, та вважає, що ця норма про злочин проти людяності помилково була включена законодавцем у розділ із загальнокримінальними посяганнями на волю людини [4, с. 126].

У той же час, В.В. Ліпіній «очевидно», що основним безпосереднім об'єктом насильницького зникнення є суспільні відносини, що забезпечують волю людини, а родовим його об'єктом є суспільні відносини, що забезпечують волю, честь та гідність особи [5, с. 56]. О.В. Авраменко також визнає основним безпосе-

реднім об'єктом вказаного кримінального правопорушення волю особи [6, с. 6]. Також А.С. Політова досліджуючи проект нового КК, у якому насильницьке зникнення віднесене до розділу із назвою «Злочини проти волі людини» зазначає, що словосполучення «воля людини» в назві цього розділу не варто вживати, оскільки посягання, що ним охоплені, мають своїм основним безпосереднім об'єктом право на свободу людини [7, с. 117].

Варто зауважити, що ще в 2010 році (задовго до появи в КК статті 146-1) О.М. Броневицька відмітила, що Декларація про захист всіх осіб від насильницьких зникнень від 18 грудня 1992 року визнає насильницьке зникнення образою людської гідності та порушенням права особи а свободу та безпеку [8, с. 322]. Також в судовій практиці проглядається тенденція, коли відсутність в кримінальному законі окремої норми про насильницьке зникнення давала судам підстави під час обґрунтування суспільної небезпеки такого злочину, як незаконне позбавлення волі або викрадення людини, посилались на норми Декларації про захист усіх осіб від насильницьких зникнень [9; 10].

Здійснюючи міжнародно-правову характеристику досліджуваного злочину, О.В. Денисюк стверджує, що насильницьке зникнення знаходиться в «зоні відповідальності» міжнародного права людини, міжнародного кримінального права та міжнародного гуманітарного права; таке перебування «на межі» робить його «досить складним явищем» [11, с. 207].

Вочевидь, лише ретельно дослідивши природу цього досить складного явища, можна зробити обґрунтований висновок щодо об'єктів, на які посягає насильницьке зникнення; щодо того, який із цих об'єктів є основним і, відповідно, щодо визначення місця норми про насильницьке зникнення в системі КК.

Загальновідомо, що аналізована кримінально-правова норма є спробою імплементації положень Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20 грудня 2006 року, до якої наша держава приєдналась у 2015 році (Закон України № 525-VIII від 17.06.2015).

Згідно із цією конвенцією «ніхто не може піддаватися насильницькому зникненню»; «жодні обставини, чи то стан війни

або загроза війни, внутрішня політична нестабільність чи інший надзвичайний стан, не можуть слугувати виправданням насильницького зникнення» (стаття 1); «насильницьким зникненням вважається арешт, затримання, викрадення чи позбавлення волі в будь-якій іншій формі представниками держави чи особами або групами осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави, при подальшій відмові визнати факт позбавлення волі або приховування даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи, унаслідок чого цю особу залишено без захисту закону» (стаття 2); «широкопоширена чи систематична практика насильницьких зникнень є злочином проти людства, як його визначено в застосовному міжнародному праві, і тягне за собою наслідки, що передбачені таким застосовним міжнародним правом» (стаття 5) [12].

Отож, насильницьке зникнення й справді має «двоїстий» характер:

1) одиничні прояви таких діянь (вчинення яких, власне, і має кваліфікуватись за статтею 146-1 КК);

2) широкопоширена та систематична практика таких діянь (що визнається злочином проти людства).

Обидва ці варіанти мають певні особливості, які відображаються вочевидь, і на об'єктах, яким заподіюється шкода в ході їх вчинення. Адже, у першому варіанті об'єктом є особиста свобода людини; в другому варіанті, поруч з особистою свободою потерпілих осіб порушуються також суспільні відносини, що забезпечують мир та безпеку людства. Зосередивши, вочевидь, свою увагу на другому із цих варіантів, А.В. Андрушко висловив пропозицію про перенесення норми про насильницьке зникнення до Розділу XX Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти миру та безпеки людства», вважаючи, що таке перенесення краще відобразатиме специфічну юридичну природу насильницького зникнення та дозволить уникнути плутанини у правозастосовній практиці [3, с.151]. Проте, в запропонованій ним редакції ст. 444-1 КК мова йде про одиничні випадки насильницьких зникнень, а не про широкопоширену, систематичну практику таких діянь, і не про насильницькі зникнення, вчинені під час широкомасштабно-

го або систематичного нападу [3, с. 497]. А за таких умов насильницьке зникнення не посягає на мир та безпеку людства; не заподіює шкоди таким відносинам і не створює загрози їй заподіяння.

Варто також згадати, що стаття 7 Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – Римський статут) відносить насильницьке зникнення до злочинів проти людяності, за умови, коли воно вчиняється в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, і такий напад вчиняється усвідомлено [13]. Верховною Радою України 20 травня 2021 року прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» [14], який, щоправда, досі не набрав чинності, оскільки не підписаний Президентом України.

Серед іншого, цей закон передбачає доповнення КК статтею 442-1, яка називається «Злочини проти людяності» та закріплює відповідальність за умисне вчинення насильницького зникнення в межах усвідомленого широкомасштабного нападу або систематичних нападів на цивільне населення (п. 6 ч. 1 ст. 442-1). Примітка до цієї ж статті під насильницьким зникненням пропонує розуміти «арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або з приховуванням даних про долю такої людини чи місце її перебування, а так само відмову від визнання факту арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі чи приховування даних про долю такої людини чи місце її перебування» [14].

Доцільність закріплення такого визначення у Примітці до статті 442-1 КК при існуванні чинної статті 146-1 КК (яка жодним чином не змінюється і не доповнюється згаданим вище Законом від 20.05.2021 року) викликає сумнів. Адже, за умови підписання цього закону Президентом України, в КК існуватимуть два визначення насильницького зникнення, які дещо різняться між собою. При цьому, в обидвох цих кримінально-правових нормах (як в чинній статті 146-1, так і в ще нечинній статті 442-1 КК) відсутня

істотна конструктивна ознака насильницького зникнення, передбачена Міжнародною конвенцією про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, а саме спричинення цими посяганнями такого наслідку, як «залишення особи без захисту закону».

Принагідно варто зауважити, що в Проекті нового КК, який розробляється Робочою групою з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи, також відсутня ця конструктивна ознака насильницького зникнення. Зокрема, стаття 11.5.4. визнає насильницьким зникненням випадки, коли представник держави, у тому числі іноземної, який щодо особи, яка стала потерпілою від позбавлення особистої свободи (передбаченого ст. 4.4.5 цього проекту), приховав факт вчинення цього злочину, відомості про долю цієї особи або місце її перебування. Стаття 11.2.3. цього проекту визнає вчинення насильницького зникнення в рамках нападу, спрямованого проти цивільного населення, однією із альтернативних форм вчинення «злочину проти людяності в інших формах, крім вбивства»[15].

Це «упущення», видається, має істотне значення і заслуговує окремої прискіпливої уваги. На нього уже не раз вказувалось в наукових працях (також вказувалось нами у 2018 році [2, с.26]. Згодом таке ж зауваження зроблене А.В. Андрушком у його дисертаційному [16, с. 180] та монографічному дослідженнях [3, с. 150, 200], однак у цих же працях автор дійшов висновку, що «сама по собі» відмова визнання факту позбавлення волі або ж приховування даних про долю чи місце перебування зниклої людини «автоматично означає» залишення цієї особи без захисту закону. Керуючись цим аргументом А.В. Андрушко підсумовує, що «дослівно відтворювати конвенційне положення в національному законодавстві немає потреби» [3, с. 200 ; 16, с. 181].

З таким аргументом та висновком важко погодитись з наступних міркувань. Першочергово, варто зазначити, що, якби сама по собі відмова від визнання факту затримання або ж приховування даних про місце перебування чи долю затриманого автоматично свідчили про залишення затриманої особи без захисту закону, то у міжнародних документах ці ознаки насильницького зникнення не згадувались би одночасно в одному визначенні поняття. Тексти

міжнародних документів готуються дуже ретельно, зайві дублювання у них не допускаються, при цьому уникають формулювань, які можуть неоднозначно тлумачитись.

Як уже зазначалось вище, Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень містить вказану ознаку у визначенні поняття «насильницького знищення». Так само і Римський статут, визначаючи поняття насильницького зникнення вказує на цю ознаку, щоправда, при цьому описуючи її не як наслідок цього злочину, а як його мету і додаючи до неї ще й «тривалий період часу». Так, згідно з пп. і) п. 2 ст. 7 Римського статуту «насильницьке зникнення осіб означає арешт, затримання або викрадення осіб державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи за їхньою мовчазною згодою з подальшою відмовою визнати таке позбавлення волі або повідомити про долю чи місце перебування цих осіб з метою **залишення їх без законодавчого захисту протягом тривалого періоду часу**» [13].

К.П. Задоля ще до імплементації цих норм у кримінальне законодавство України цілком слушно зазначав, що, за відсутності в КК спеціальної норми про насильницьке зникнення, такого роду посягання могли бути кваліфіковані за ст. 374 КК, оскільки *конструктивним елементом насильницького зникнення у конвенційному розумінні є залишення особи без захисту закону*, що повністю узгоджується зі змістом положень статті 374 КК, яка встановлює відповідальність слідчих, дізнавачів, прокурорів чи суддів за порушення права на захист [17, с. 61].

Також О.С. Наумова у дисертації 2017 року, відстоюючи позицію про необхідність встановлення кримінальної відповідальності за насильницьке зникнення як злочину, що посягає на особисту свободу людини [18, с. 18], зазначає, що із поняття насильницького зникнення особи впливає така обов'язкова ознака як спричинення наслідку у вигляді залишення такої особи без захисту закону [18, с. 168], а також зауважує, що «у пропонуваній редакції ч. 1 ст. 146-1 цього Кодексу не повною мірою відображено ознаки поняття «насильницьке зникнення особи», оскільки у ній виключено вказівку на таку обов'язкову ознаку як: «залишен-

ня особи без захисту закону» як наслідку вчинення таких дій» [18, с.172-173].

На відсутність цього «конструктивного елементу насильницького зникнення у конвенційному розумінні» вказувалось також і Зауваженнях Головного юридичного управління Верховної ради України на стадії розгляду відповідного законопроекту [19].

І справді «відкидання» цього конструктивного елементу, вочевидь, - неприпустиме. Якщо затримана особа не була позбавлена захисту закону, або якщо позбавляючи когось волі, винний не переслідував мету залишити цю особу без захисту закону, то такий злочин, як насильницьке зникнення (в його міжнародно-правовому розумінні) – відсутній. Такі дії, безперечно, можуть бути кваліфіковані за іншими нормами українського кримінального закону. Проте, відсутність цієї ознаки в складі злочину, передбаченого чинною ст. 146-1 КК робить невдалою спробу імплементації Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень в український кримінальний закон (як і згадану вище нечинну спробу імплементації Римського статуту і частині визначення поняття насильницького зникнення в примітці до ст. 442-1 КК).

Висновки. Враховуючи викладене вище, підсумуємо, що така конструктивна ознака насильницького зникнення, як «залишення особи без захисту закону» додає до уже названих вище об'єктів цього злочину ще один об'єкт – відносини у сфері правосуддя. Якщо арешт, затримання, чи позбавлення волі в будь-якій іншій формі здійснені із дотриманням вимог, встановлених законом, не мали на меті позбавити затриману особу захисту закону і не призвели до залишення такої особи без такого захисту – ці діяння є законними. Якщо ж вони вчинені з метою залишення затриманого без захисту закону, вони посягають одразу на два об'єкти – і на особисту свободу особи, і на відносини правосуддя. І, зокрема, «упущення» цієї конструктивної ознаки насильницького зникнення в тексті ст. 146-1 КК призвело до помилкового визначення місця цієї кримінально-правової норми в системі КК і до не зовсім вдалої спробы імплементації.

На мій погляд, з врахуванням означеної вище конструктивної ознаки насильницького зникнення а також того, що в міжнародно-правовому розумінні суб'єктами насильницького зникнення визнаються представники держави (згідно з Конвенцією); держава чи політична організація (згідно з Римським статутом) чи особи, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави, власне відносини правосуддя слід визнавати основним безпосереднім об'єктом цього злочину. Відповідно норму про насильницьке зникнення доцільно розмістити в розділі XVIII чинного КК «Кримінальні правопорушення проти правосуддя» (до прикладу, в статті за номером 374-1 КК) із обов'язковим її доповненням вказівкою на залишення потерпілого без захисту закону.

1. Закон України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти» від 12.07.18 року № 2505-VIII. *Url: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2505-19#n239>*
2. Газдайка-Василишин І.Б., Созанський Т.І. Насильницьке зникнення: окремі аспекти законодавчої новели / IV Львівський форум кримінальної юстиції «Кримінальна юстиція: Quo vadis?»: збірка тез міжнародної науково-практичної конференції. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2018. С. 24-27.
3. Андрушко А.В. Теоретико-правові засади запобігання та протидії злочинам проти волі, честі та гідності особи: монографія. Київ: Vaite, 2020. 560 с.
4. Марін О. Кримінальна відповідальність за насильницьке зникнення. Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2021. Випуск 72. С.122-130.
5. Ліпіна В.В. Про деякі проблеми кримінальної відповідальності за насильницьке зникнення // «Молодий вчений». Юридичні науки. № 4 (80). 2020. С.55-58.
6. Авраменко О.В. Відмінність торгівлі людьми від незаконного позбавлення волі або викрадення людини та насильницького зникнення. // Теорія та практика протидії злочинності у сучасних умовах: збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції (9 листопада 2018 р.). Львів: ЛьвДУВС, 2018. С. 5–6.
7. Політова А. С. Відповідальність за злочини проти волі людини у проєкті Кримінального Кодексу України // Новітні кримінально-правові дослідження – 2021: Альманах наукових праць. Миколаїв: МІП НУ «ОЮА», 2021. С. 115-122.

8. Броневицька О.М. Відповідність положень чинного Кримінального кодексу України про відповідальність на особисту свободу особи вимогам міжнародно-правових актів // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична. 2010. № 3. С. 319–327.
9. Вирок Липовецького районного суду Вінницької області від 20 листопада 2014 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/41742512>
10. Вирок Березнівського районного суду Рівненської області від 29 квітня 2016 р. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57519929>
11. Денисюк О.В. Насильницьке зникнення: історія виникнення, міжнародно-правове регулювання заборони // Прикарпатський юридичний вісник. 2020. Випуск 6 (35). С. 207-210.
12. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень від 20.12.2006 року. Url: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#n2
13. Римський статут Міжнародного кримінального суду. Url: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text
14. Закон України від 20 травня 2021 року «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права». Url: <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=67804&pf35401=548970>
15. Проєкт Кримінального кодексу України: станом на 18.05.2022 року. <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/05/19/kontrolnyj-proekt-kk-18-05-2022.pdf>
16. Андрушко А. В. Злочини проти волі, честі та гідності особи (кримінальноправове та кримінологічне дослідження). Дис. ...д.ю.н.: 12.00.08. Ужгород, 2021. 675 с.
17. Задоя К.П. Визнання насильницького зникнення злочином *sui generis* за кримінальним правом України: *pro et contra*. Право і громадянське суспільство. 2015. № 4. С. 59–73.
18. Наумова О.С. Кримінально-правова протидія злочинам проти волі особи (за статтями Розділу III Особливої частини КК України): дис. ... к. ю. н.: 12.00.08. Київ, 2017. 245 с.
19. Зауваження Головного юридичного управління до проекту Закону України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти». 19.06.18 р. Url: <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=60560&pf35401=458962>

Газдайка-Василишин І.Б. Місце норми про насильницьке зникнення в системі кримінального закону України

Аналізуються норми чинного Кримінального кодексу України в частині, що стосується кримінальної відповідальності за насильницьке зникнення, а також проекти кримінально-правових норм, щодо імплементації міжнародних актів про насильницьке зникнення. Досліджується двоїста природа насильницького зникнення (як поодиноких кримінальних правопорушень і як широкопоширеної чи систематичної практики). Проаналізовано об'єкти, на які посягає насильницьке зникнення в обох цих проявах.

Відстоюється та аргументується позиція, згідно з якою необхідною конструктивною ознакою у складі насильницького зникнення є «залишення особи без захисту закону». Визнається необґрунтованою відсутність цієї ознаки як в тексті чинної статті 146-1 Кримінального кодексу України, так і в тексті ст. 442-1, якою може бути доповнено кодекс (за умови підписання Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права»), а також в тексті відповідних статей Проекту Кримінального кодексу (розробленого Робочою групою з питань розвитку кримінального права Комісії з питань правової реформи). Робиться висновок про необхідність включення цієї конструктивної ознаки в текст вітчизняної кримінально-правової норми про насильницьке зникнення та про необхідність її розміщення в розділі XVIII Особливої частини Кримінального кодексу України.

Ключові слова: кримінальне право України, міжнародне кримінальне право, кримінальна відповідальність, насильницьке зникнення, захист осіб від насильницьких зникнень, незаконне позбавлення волі

Hazdayka-Vasylyshyn I.B. Place Of Norms On Enforced Disappearance In The Criminal Law System Of Ukraine

The norms of the current Criminal Code of Ukraine are analyzed in the part related to criminal liability for enforced disappearance, as well as draft criminal law norms regarding the implementation of international acts on enforced disappearance. The dual nature of enforced disappearance (as isolated criminal offenses and as a widespread or systematic practice) is explored. Objects affected by enforced disappearance in both of these manifestations have been analyzed.

The position is defended and argued, according to which a necessary constructive feature in the composition of enforced disappearance is «leaving a person without the protection of the law.» The lack of this feature in the text of the current Article 146-1 of the Criminal Code of Ukraine, as well as in the text of Art. 442-1, by which the code can be supplemented (provided the signing of the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine Regarding the Implementation of International Criminal and Humanitarian Law»), as well as in the text of the relevant articles of the Draft Criminal Code (developed by the Working Group on development of criminal law of the Commission on Legal Reform). A conclusion is drawn on the need to include this constructive feature in the text of the national criminal law on enforced

disappearance and on the need to place it in Chapter XVIII of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine.

Keywords: criminal law of Ukraine, international criminal law, criminal responsibility, enforced disappearance, protection of persons from enforced disappearance, illegal deprivation of liberty