

ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ.436-1 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

**ЛЕМЕХА Ростислав Ігорович - доктор юридичних наук, професор кафедри
права юридичного факультету ПВНЗ Європейського університету
DOI 10.32782/EP.2023.1.17**

Падіння тоталітарних режимів жодним чином не вичерпує їх суспільної небезпеки.- І питання не лише у відновленні історичної справедливості, повазі до пам'яті жертв цих режимів, а в засудженні ідеології як такої, що не сумісна з парадигмою основоположних прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Загальною декларацією прав людини.

У диспозиції ст.436-1 КК України передбачені не всі форми пропаганди злочинної символіки, які відображені у ч.2 ст.1 Закону України від 9 квітня 2015 р. №317-VIII, а саме: виготовлення символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів; поширення символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів; публічне використання символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів; публічне виконання гімнів СРСР, УРСР (УСРР).

Обґрунтована недоцільність криміналізації діянь, які полягають у виготовленні символіки комуністичного та нацистського (націонал-соціалістичного) тоталітарних режимів, оскільки виготовлення матеріалів злочинного змісту є нічим іншим, як готування до вчинення кримінального правопорушення, що полягає в умисному створенні умов для реалізації кримінально протиправного наміру. Окрім того, у цій формі пропаганди тоталітарного режиму відсутня мета розповсюдження, а тому виготовлення злочинної символіки на-

вряд чи слід вважати кримінально-караним діянням.

Ключові слова: комуністичний тоталітарний режим, націонал-соціалістичний (нацистський) тоталітарний режим, пропаганда, виготовлення, поширення, публічне використання.

Постановка проблеми

З метою недопущення повторення злочинів комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, будь-якої дискримінації за національною, соціальною, класовою, етнічною, расовою або іншими ознаками у майбутньому, відновлення історичної та соціальної справедливості, усунення загрози незалежності, суверенітету, територіальній цілісності та національній безпеці України 9 квітня 2015 р. було прийнято Закон України №317-VIII, який засуджує комуністичний та націонал-соціалістичний (нацистський) тоталітарні режими в Україні, визначає правові основи заборони пропаганди їх символіки та встановлює порядок ліквідації символів комуністичного тоталітарного режиму [1]. На підставі цього законодавчого акту внесено відповідні зміни до ст.436-1 «Виготовлення, поширення комуністичної, нацистської символіки та пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів» КК України.

З цього приводу суддя О.О. Первомайський в окремій думці стосовно Рішення

Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки» зазначив, що комуністична ідеологія не зникла, а істотно впливала на суспільне життя і політику, а члени Комуністичної партії України тривалий час були представлені в українському парламенті та інших органах державної влади. За цією ідеологією також виправдовувались посягання Російської Федерації на незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України, анексія та окупація країною-агресором частини території нашої держави [2]. Не можна не погодитись із тим, що падіння тоталітарних режимів жодним чином не вичерпує їх суспільної небезпеки. І питання не лише у відновленні історичної справедливості, повазі до пам'яті жертв цих режимів, а в засудженні ідеології, як такої, що не сумісна з парадигмою основоположних прав і свобод людини і громадянина, гарантованих Загальною декларацією прав людини [3].

Аналіз останніх досліджень

Деякі аспекти вказаної проблеми розглядались у працях А.А. Васильєва, В.М. Комарницького, С.В.Лаби, Є.О. Письменського, О.Е. Радутного, Л.І. Скреклі, Т.І. Созанського, Г.З. Яремко та інших. Очевидно, що здійснені дослідження мають важливе значення не лише для сучасної науки, але й для практики. Не можна не згадати дисертаційне дослідження Ю.М. Беклеміщевої, у якому розглянуто питання кримінально-правової характеристики складу злочину, передбаченого ст.436-1 КК України.

Водночас питання кримінально-правової протидії пропаганді комуністичного та нацистського тоталітарних режимів недостатньо досліджене, наявні окремі пропозиції є дискусійними та до кінця не розкритими, що небезпечно для правозастосування, проте природно для науки.

Постановка завдання

Метою цієї статті є визначення особливостей об'єктивної сторони пропаганди комуністичного та нацистського тоталітарних режимів.

Виклад основного матеріалу

Відповідно ч.2 ст.1 ЗУ від 9 квітня 2015 р. №317-VIII, пропаганда комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів - публічне заперечення, зокрема через засоби масової інформації, злочинного характеру комуністичного тоталітарного режиму 1917-1991 років в Україні, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режиму, поширення інформації, спрямованої на виправдання злочинного характеру комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів, діяльності радянських органів державної безпеки, встановлення радянської влади на території України або в окремих адміністративно-територіальних одиницях, переслідування учасників боротьби за незалежність України у ХХ столітті, виготовлення та/або поширення, а також публічне використання продукції, що містить символіку комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів. Однак у диспозиції ст.436-1 КК України передбачені не всі форми пропаганди злочинної символіки, які відображені у ч.2 ст.1 ЗУ від 9 квітня 2015 р. №317-VIII, а саме:

- виготовлення символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів;
- поширення символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів;
- публічне використання символіки комуністичного, націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів;
- публічне виконання гімнів СРСР, УРСР (УСРР).

Водночас у Проєкті КК України, який підготовлений робочою групою з питань розвитку кримінального права, встановлена кримінальна відповідальність за пропаганду тоталітаризму, яка може здійснюватись у наступних формах:

- пропагування або виправдовування комуністичного чи націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режиму;

- виготовлення матеріалів із символікою комуністичного чи націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режиму;

- поширення чи публічне використання таких матеріалів (ст.7.5.7.).

Перш як розглянути ознаки об'єктивної сторони складу розглядуваного посягання, необхідно визначити, що слід розуміти під символікою тоталітарних режимів. Відповідно до п.4 ч.1 ст.1 ЗУ від 9 квітня 2015 р. №317-VIII вона включає:

а) будь-яке зображення державних прапорів, гербів та інших символів СРСР, УРСР (УСРР), інших союзних або автономних радянських республік у складі СРСР, держав так званої «народної демократії»;

б) гімни СРСР, УРСР (УСРР), інших союзних або автономних радянських республік чи їх фрагменти;

в) прапори, символи, зображення або інша атрибутика, у яких відтворюється поєднання серпа та молота, серпа, молота та п'ятикутної зірки, плуга (рала), молота та п'ятикутної зірки;

г) символіку комуністичної партії або її елементи;

г) зображення, пам'ятники, пам'ятні знаки, написи, присвячені особам, які обіймали керівні посади в комуністичній партії (посаду секретаря районного комітету і вище), особам, які обіймали керівні посади у вищих органах влади та управління СРСР, УРСР (УСРР);

д) зображення, пам'ятники, пам'ятні знаки, написи, присвячені подіям, пов'язаним з діяльністю комуністичної партії, із встановленням радянської влади на території України;

е) зображення гасел комуністичної партії, цитат осіб, які обіймали керівні посади в комуністичній партії (посаду секретаря районного комітету і вище), осіб, які обіймали керівні посади у вищих органах влади та управління СРСР, УРСР (УСРР);

є) назви областей, районів, населених пунктів, районів у містах;

ж) найменування комуністичної партії.

Символіка націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарного режиму включає:

а) символіку Націонал-соціалістичної робітничої партії Німеччини (НСДАП);

б) державний прапор нацистської Німеччини 1939-1945 років;

в) державний герб нацистської Німеччини 1939-1945 років;

г) найменування Націонал-соціалістичної робітничої партії Німеччини (НСДАП);

г) зображення, написи, присвячені подіям, пов'язаним з діяльністю Націонал-соціалістичної робітничої партії Німеччини (НСДАП);

д) зображення гасел Націонал-соціалістичної робітничої партії Німеччини (НСДАП), цитат осіб, які обіймали керівні посади в Націонал-соціалістичній робітничій партії Німеччини (НСДАП), вищих органах влади та управління нацистської Німеччини та на окупованих нею територіях у 1935-1945 роках.

Так, першою формою вчинення злочину, передбаченого ст.436-1 КК України, є виготовлення злочинної символіки, яка розглядається як створення об'єктів матеріального світу (прапорів, написів, плакатів), які її відображають, закріплюють чи містять на собі її зображення, її нанесення на створені матеріальні об'єкти (на споруди, одяг), а також їх розмноження чи копіювання [4, с.658]. Втім, С.В. Лабою обґрунтовується позиція щодо недоцільності криміналізації діянь, які полягають у виготовленні символіки комуністичного та нацистського (націонал-соціалістичного) тоталітарних режимів. Така думка випливає з того, що саме по собі виготовлення матеріалів злочинного змісту є нічим іншим, як готування до вчинення кримінального правопорушення, що полягає в умисному створенні умов для реалізації кримінально протиправного наміру. Окрім того, поняття «виготовлення», яке є видовим по відношенню до родового поняття «пропаганда», не притаманна така ознака, як публічність, що є алогічним, оскільки ознаки родового поняття не можуть суперечити ознакам родового [5]. Така позиція не позбавлена раціонального зерна та варта схвалення, оскільки у цій формі пропаганди тоталітарного режиму відсутня мета розповсюдження, а тому саме по собі виготовлення зло-

чинної символіки навряд чи слід вважати кримінально-караним діянням.

Наступними формами пропаганди комуністичного та нацистського тоталітарних режимі є поширення та публічне використання злочинної символіки. Відповідно перша полягає у її розповсюдженні способом дарування, обміну, продажу тощо [6, с.126]. Натомість, друга форма розглядається як публічний показ, публічне виконання – як у реальному часі («наживо»), так і з допомогою технічних засобів; публічне сповіщення (радіо, телебачення), а також публічна демонстрація аудіовізуального твору у місці, відкритому для публічного відвідування, або в іншому місці, де присутні особи, які не належать до кола однієї сім'ї чи близьких знайомих цієї сім'ї, - незалежно від того, чи сприймається твір публікою безпосередньо у місці його публічної демонстрації, чи в іншому місці одночасно з таким показом (п.41 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. №12) [7].

Судовій практиці відомі випадки притягнення до кримінальної відповідальності за пропаганду комуністичного та нацистського тоталітарних режимів. Як приклад, слід навести вирок Шевченківського районного суду м. Львова від 31 серпня 2022 р. Так, у період з 1 квітня 2015 року по 1 червня 2022 року, використовуючи власний мобільний телефон, за допомогою облікового запису в соціальній мережі Однокласники, діючи умисно, систематично, маючи на меті доведення до широкого кола осіб комуністичну ідеологію, поширив та публічно використав, шляхом розміщення на стіні у розділі світлин 102 (сто два) зображення комуністичної символіки у вигляді прапора червоного кольору із зображеними на ньому серпом, молотом перехрещеними між собою та п'ятикутною зіркою над ними, зображення портрету Леніна, аббревіатури ССРСР та РСФСР у контексті написів, п'ятикутні червоні зірки з серпом та молотом в середині.

За результатами судової мистецтвознавчої експертизи у 102 (ста двох) зображеннях, розміщених на стіні сторінки Однокласники, міститься комуністична символіка. Таким чином, дії винного отримали

кримінально-правову оцінку як поширення та публічне використання символіки комуністичного тоталітарного режиму [8].

Ще одним прикладом є вирок Шевченківського районного суду від 9 серпня 2022 р. Обвинувачений, у період з 01 травня 2016 року по 01 травня 2022 року, використовуючи власний стаціонарний комп'ютер у соціальній мережі Facebook, у розділі світлин розмістив 7 (сім) зображень комуністичної символіки у вигляді герба Радянського Союзу, прапора червоного кольору з серпом, молотом, перехрещеними між собою, та п'ятикутною зіркою над ними, комуністичне гасло «Слава великому октябрю!», що є забороненими згідно із Законом України-09 травня 2015 року [9].

Врешті-решт, останньою формою вчинення аналізованого посягання є публічне виконання гімнів СРСР, УРСР (УСРР), інших союзних та автономних радянських республік або їх фрагментів на всій території України. Однак у теорії кримінального права неодноразово звертається увага на те, що ця форма злочину повністю охоплюється поняттям публічного використання, тобто є одним із його різновидів. А тому її виокремлення у ст.436-1 КК України є недоцільним [5; 6, с.127].

Висновки

Таким чином, криміналізація діянь, які описані у ст.436-1 КК України, загалом є обґрунтованим кроком законодавця, який спрямований проти пропаганди тоталітарної ідеології та недопущення повторення злочинів комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів.

Література

1. Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки: Закон України від 9 квітня 2015 р. Електронний ресурс. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/317-19#n73>

2. Окрема думка судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46

народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки». Електронний ресурс. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nb09d710-19>

3. Созанський Т.І., Яремко Г.З. Кримінально-правова протидія пропаганді російському нацистському тоталітарному режиму. *Європейські перспективи*. №1. 2023.- С.47-52

4. Сухонос В.В., Білокінь Р.М., Сухонос В.В. (мол.). Кримінальне право України. Особлива частина: підручник / За заг. ред. докт. юрид. наук. проф. В.В. Сухоноса. Суми: ПФ «Видавництво «Університетська книга», 2020 р. 672 с.

5. Лаба С.В. Об'єктивна сторона складу пропаганди комуністичного та нацистського тоталітарних режимів. *Право UA*. №2. 2022. С.38-44

6. Комарницький В.М., Письменський Є.О. Підстава кримінальної відповідальності за пропаганду комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів (загальна характеристика). *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка*. №3. 2015 р. С.122-131

7. Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 17 жовтня 2012 р. №12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text>

8. Вирок Шевченківського районного суду м. Львова від 31 серпня 2022 р.. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106098182>

9. Вирок Шевченківського районного суду м. Львова від 9 серпня 2022 р.. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105656280>

SUMMARY

The fall of totalitarian regimes in no way exhausts their social danger. And the issue is not only the restoration of historical justice, respect for the memory of the victims of these regimes, but the condemnation of the ideology as incompatible with the paradigm of the fundamental rights and freedoms of man and citizen, guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights.

In the disposition of Article 436-1 of the Criminal Code of Ukraine, not all forms of propaganda of criminal symbols are provided for, which are reflected in part 2 of Article 1 of the Law of Ukraine No. 317-VIII dated April 9, 2015, namely: production of symbols of communist, national socialist (Nazi) totalitarian regimes; spread of symbols of communist, national socialist (Nazi) totalitarian regimes; public use of symbols of communist, national socialist (Nazi) totalitarian regimes; public performance of the anthems of the USSR, Ukrainian SSR (USSR).

The justified inexpediency of the criminalization of actions that consist in the production of symbols of communist and Nazi (national socialist) totalitarian regimes, since the production of materials of criminal content is nothing more than preparation for the commission of a criminal offense, which consists in the deliberate creation of conditions for the realization of a criminally illegal intention. In addition, this form of propaganda of the totalitarian regime lacks the goal of dissemination, and therefore the production of criminal symbols should hardly be considered a criminal act.

Key words: the Communistic totalitarian regime, the Nationalistic and Socialistic (Nazi) totalitarian regime, propaganda, production, distribution, public use.