

Bulletin of Taras Shevchenko National University of Kyiv.
Legal Studies, 2023; 1(125): 74-80
УДК 343.3
DOI: <https://doi.org/10.17721/1728-2195/2023/1.125-13>

ISSN 1728-2195
© Taras Shevchenko National University of Kyiv,
Publishing and Polygraphic Center "Kyiv University", 2023

Д. Птащенко, канд. юрид. наук, асист.
ORCID ID: 0000-0001-9751-1509

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Київ, Україна,

А. Вишнякова, юрист, голова

ORCID ID: 0009-0004-6539-9814

Громадська організація "Lingva Lexa", Київ, Україна

ПУБЛІЧНІ ЗАКЛИКИ ДО ГЕНОЦИДУ: ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНОЇ КОНСТРУКЦІЇ В МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ ТА КРИМІНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Досліджено, що розповсюдження матеріалів із закликами до геноциду полягає в доведенні їх змісту до відома невідомої кількості осіб і може існувати у різних формах (зокрема, паперовій, цифровій, глобально доступних багатоплатформових зашифрованих фріміум клауд-месенджерах, на плівці чи будь-якому іншому носії, побудованому на технології запису, обробки, передачі, зберігання й відтворення текстового, візуального чи аудіовізуального матеріалу) та розповсюджуватись у різний спосіб залежно, у першу чергу, від форми їх "існування".

Зроблено висновок, що суб'єктом публічних закликів до геноциду може бути не лише публічна або відома особа (напр., т. зв. "opinion makers" чи "media faces"), а взагалі будь-яка особа, яка відповідає (володіє) характеристиками необхідними й достатніми для визнання його суб'єктом злочину відповідно до кримінального законодавства.

Ключові слова: геноцид, публічні заклики до геноциду, виготовлення матеріалів із закликами до геноциду, злочини проти миру, злочини проти людства.

Вступ. Актуальність дослідження. Безпека людства та миру стала одним із ключових напрямків формування правової політики не лише України, а й всього цивілізованого світу в цілому. Не всі злочини (кримінальні правопорушення) проти миру, безпеки людства й міжнародного правопорядку вчиняються на полі бою, деякі з них кояться за тисячі кілометрів від зони ведення бойових дій. Серед них одним із найнебезпечніших міжнародних злочинів є публічне підбурювання до геноциду.

В епоху стрімкого розвитку телекомунікацій вплив слів може бути не менш небезпечним, ніж безпосереднє застосування фізичного насилля. Слово в сучасному соціумі стало "інструментом" формування свідомості багатьох людей із неймовірною жорстокістю, ненавистю до мільйонів невинних осіб і використовувалось як під час Голокосту, так і війни в колишній Югославії чи Руанді.

Проте за законодавством України та міжнародним правом не кожне повідомлення (слово), що розпалює ненависть, є злочином. Публічні заклики до геноциду, як злочин, є лише частиною ширшого явища пропаганди.

Основними (загальними) нормативними орієнтирами щодо кваліфікації кримінальних правопорушень, які стосуються публічних закликів до геноциду, є: у міжнародному кримінальному праві – Конвенція про запобігання злочину геноциду й покарання за нього 1948 р. (далі – Конвенція); у законодавстві України – законодавчі положення ст. 442 Кримінального кодексу України.

Не зважаючи на те, що відповідні нормативні орієнтири в темпоральному плані сформульовані більш ніж півстоліття тому, практика застосування цих правових положень на сучасному етапі розвитку суспільства є проблемною. Відповідні питання правозастосування пов'язані, зокрема, з таким: 1) високою динамікою розвитку телекомунікаційних технологій (передусім, інтернету); 2) невідповідністю існуючих положень Конвенції та міжнародної практики її застосування теперішнім (сучасним) викликам; 3) відсутністю в національному законодавстві України практики застосування положень ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України.

Зазначимо також, що більшість існуючих положень науково-практичних коментарів до ст. 442 Кримінального кодексу України або відсутні взагалі, або питання стосовно публічних закликів до геноциду розглянуті поверхово.

Ураховуючи зазначене, розкриття особливостей нормативної конструкції публічних закликів до геноциду в міжнародному кримінальному праві та кримінальному законодавстві України є однією із базисних передумов формування єдиної, уніфікованої правозастосовної практики.

Безпосередньо чи опосередковано питання щодо публічних закликів до геноциду досліджували Дж. Крістіан, М. Джилет, У. Шабас, С. Бенеш, Т. Девіс.

Мета та завдання дослідження. Об'єкт дослідження. Метою статті є розкриття особливостей нормативної конструкції публічних закликів до геноциду в міжнародному кримінальному праві та кримінальному законодавстві України.

Для досягнення поставленої мети та визначених завдань основу дослідження становили такі методи: *логіко-нормативний* – для аналізу міжнародного кримінального права та кримінального законодавства України стосовно публічних закликів до геноциду; *системного аналізу* – для розгляду нормативних складів кримінальних правопорушень, пов'язаних із публічними закликами до геноциду.

Об'єкт дослідження є кримінально-правова охорона інформаційної безпеки й безпеки людства та миру; **предметом** дослідження – правові положення щодо регулювання й охорони безпеки миру та людства, інформаційної безпеки тощо.

Результати

1. Об'єктивні характеристики публічних закликів до геноциду відповідно до норм міжнародного кримінального права та кримінального законодавства України. Існування національних, етнічних, расових і релігійних груп як соціальна цінність є об'єктом кримінально-правової охорони кримінального правопорушення (злочину) публічних закликів до геноциду, а відповідно – безпосереднім об'єктом цього злочину.

Згідно зі ст. 11 Конституції України, держава сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розквіту етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України.

Основною ціллю (задачею) нормативного закріплення кримінальної відповідальності за кримінальне правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України, є попередження можливих загроз реальному вчиненню геноциду (ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України) та притягнення до відповідальності тих осіб, які публічно закликають до вчинення геноциду або сприяють таким діям.

Це завдання безпосередньо кореспондується з положеннями Конвенції (ст. 1).

Об'єктивна сторона злочину, регламентованого ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України, може бути виражена у формі трьох альтернативних діянь:

- 1) публічні заклики до геноциду;
- 2) виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження;
- 3) поширення матеріалів із закликами до геноциду.

Перед тим як досліджувати зміст зазначених вище форм діянь, необхідно визначитись із конкретним кримінально-правовим змістом поняття "геноцид" узагалі. При чому точність дефініції цього поняття залежатиме від того, до якого виду диспозицій правозастосувачем буде віднесено положення ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України: бланкетної чи відсильної диспозиції.

Відповідно до п. 3 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень ст. 58 Конституції України, ст. 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) від 19 квітня 2000 р. № 6-рп/2000 (далі – Рішення № 6-рп/2000) у теорії кримінального права залежно від опису ознак конкретного складу злочину розрізняють такі види диспозицій: проста, описова, відсильна, бланкетна і змішана. Відсильна диспозиція вказує лише на злочин і називає обов'язкові ознаки основного та/або кваліфікованого складу злочину, а для розкриття їхнього змісту відсилає до іншої норми (частини) цієї або іншої статті Кодексу.

У п. 3 Рішення № 6-рп/2000 зазначено таке: бланкетна диспозиція кримінально-правової норми лише називає або описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права. Основна особливість бланкетної диспозиції полягає в тому, що така норма має загальний і конкретизований зміст.

Загальний зміст бланкетної диспозиції передається словесно-документною формою відповідної статті Особливої частини Кримінального кодексу України і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті. Саме із загальним змістом бланкетної диспозиції пов'язане визначення кримінальним законом діяння як злочину певного виду та встановлення за нього кримінальної відповідальності.

Конкретизований зміст бланкетної диспозиції передбачає певну деталізацію відповідних положень інших нормативно-правових актів, що наповнює кримінально-правову норму більш конкретним змістом. Зміни, що вносяться до нормативно-правових актів інших галузей права, посилення на які містить бланкетна диспозиція, не змінюють словесно-документну форму кримі-

нального закону. Така диспозиція кримінально-правової норми залишається незмінною.

Якщо обрати підхід, відповідно до якого положення ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України містять відсильну диспозицію, тоді наповнення конкретним кримінально-правовим змістом поняття "геноцид" має бути здійснено за допомогою ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України.

Відповідно під геноцидом необхідно розуміти: "Геноцид, тобто діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей із однієї групи в іншу".

Згідно зі ст. 2 Конвенції про запобігання злочину геноциду і покарання за нього під геноцидом розуміють наступні дії, вчинені з наміром знищити, цілком чи частково, яку-небудь національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку:

- a) вбивство членів такої групи;
- b) заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу членам такої групи;
- c) навмисне створення для якої-небудь групи таких життєвих умов, що розраховані на повне чи часткове фізичне знищення її;
- d) заходи, розраховані на запобігання дітонародження в середовищі такої групи;
- e) насильницька передача дітей із однієї людської групи в іншу.

Отже, якщо визначити диспозицію ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України як бланкетну, орієнтиром при наповненні її конкретним кримінально-правовим змістом є ст. 2 Конвенції.

Виникає цілком логічне послідовне питання: чи має обрання одного з підходів безпосереднє практичне значення?

Так, має: якщо зіставити зміст положень ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України та ст. 2 Конвенції, то ми можемо дійти висновку, що змістовний об'єм терміну "геноцид" у Конвенції є більш широким, ніж у ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України.

Співвідношення цих понять не викликає прямих практичних проблем, якщо заклики до геноциду полягають у формулюваннях, які мають однозначне суть (напр., убити, знищити, ліквідувати тощо).

Проблемними є питання, якщо:

I. Заклики, пов'язані з використанням лише понять (термінів), тлумачення яких є багатозначним.

Приміром, формулювання "бийте" може бути розтлумачене як:

- 1) "убивайте", "знищуйте";
- 2) "заподіюйте ушкодження здоров'ю".

Отже, якщо за основу брати визначення в ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України, тоді такі дії не визнаватимуться закликами до геноциду (оскільки лише завдання тяжких тілесних ушкоджень визнається геноцидом); якщо ж за орієнтир брати ст. 2 Конвенції, тоді такі дії можуть бути визнані геноцидом, оскільки передбачають більш широке формулювання – заподіяння серйозних тілесних ушкоджень (як приклад, мордування

(ст. 126 Кримінального кодексу України), катування (ст. 127 Кримінального кодексу України)).

II. Заклики, пов'язані із вчиненням діянь, які не передбачені в ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України, проте передбачені в ст. 2 Конвенції.

Зокрема, заклики, спрямовані на розумовий розлад членів групи. Відповідно до визначення, регламентованого в ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України, такі дії не є геноцидом, проте відповідно до ст. 2 Конвенції такі дії мають визнаватися геноцидом.

Вирішення зазначеної проблеми може бути або на законодавчому рівні шляхом приведення до відповідності щодо Конвенції положень ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України, або єдиною правозастосовною судовою практикою.

На даному етапі в межах розгляду відповідних фактичних ситуацій прерогатива повинна віддаватися положенням Кримінального кодексу України, а у правозастосовній практиці України ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України має визнаватися відсильною диспозицією.

Публічні заклики до геноциду – це активний вплив на невизначену кількість людей (слухачів, читачів, глядачів, користувачів інтернету) або членів певних груп, партій, організацій, пов'язаний зі схиланням їх до геноциду.

Такі публічні заклики можуть бути вчинені в різній формі та за допомогою будь-яких засобів передачі інформації, а саме:

1) усно (напр., виступ на мітингу, зборах, телебаченні, радіо, у прямому ефірі, інтернеті тощо);

2) письмово (публікація в засобах масової інформації, інтернеті (у першу чергу соціальних мережах і відповідних інформативних, напр. у telegram-каналах)).

Такий заклик має бути публічним, тобто відкрито зверненим до необмеженої кількості осіб. Вибірковий заклик, звернений до окремих конкретних осіб щодо схилання до геноциду, повинен розглядатись за правилами про підбурювання до злочину, а відповідно кваліфікуватись за ч. 4 ст. 27, ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України.

Зауважимо, що така форма дії як "публічні заклики" є усталеною в кримінальному праві України й використовується Законодавцем в окремих нормативних моделях кримінальних правопорушень (напр., в юридичних складах кримінальних правопорушень, передбачених ст. 109 "Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади", ст. 258-2 "Публічні заклики до вчинення терористичного акту", ст. 436 "Пропаганда війни" Кримінального кодексу України).

У спеціалізованій юридичній літературі з міжнародного кримінального права, присвяченій доктринальному тлумаченню Конвенції, зазначено таке: "Заклик здійснюється "публічним" способом, коли такі заклики висловлені раніше або надані невизначеній множині осіб. І, навпаки, заклик, адресований набору індивідуалізованих осіб, не буде кваліфікуватися як публічний. Ця демаркаційна лінія між публічними та приватними формами заклику має вирішальне значення, оскільки конкретизує основну причину караності злочину" [1, с. 171]. Чи було підбурювання публічним чи ні – краще оцінити у світлі двох факторів: місця/платформи, де відбулося підбурювання, і того, чи було досягнення меседжу вибірконим або обмеженим. Слова вважатимуться публічними, якщо вони були вимовлені вголос і зверненими до кількох осіб або до представників широкої громадськості за допомогою засобів

масової інформації, наприклад, радіо чи телебачення або у місці, яке є за визначенням публічним [2].

Публічний заклик (різними засобами) до кримінально каранних дій збільшує ймовірність того, що принаймні одна особа відреагує на звернення, і, крім того, заохочує різновид "насильства натовпу", у якому кілька осіб беруть участь у злочинних діях [3].

Значення має і систематичне використання друкованих засобів масової інформації та радіо для колективної передачі ідей і широкомасштабної мобілізації населення. Розглядаючи роль засобів масової інформації, необхідно враховувати не лише зміст окремих передач і статей, але й ширше застосування цих принципів до планування програм ЗМІ, а також обов'язки, притаманні праву власності та інституційному контролю над цими ЗМІ [4].

Подібним чином вирішується це питання й національним кримінальним законодавством України:

1. Якщо заклики спрямовані на невизначену множину осіб – це публічні заклики до геноциду (ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України). Наприклад, по радіо або телебаченню суб'єкт виступає на невизначену кількість осіб із закликами до геноциду.

2. Якщо заклики, спрямовані на індивідуалізованих осіб та є частиною їхніх спільних узгоджених усвідомлених дій, такі дії повинні визнаватися співучастю в геноциді й потрібно визначати форму співучасті та функціональну роль кожного із суб'єктів. Приміром, суб'єкт 1 по радіо або телебаченню виступає із закликами до геноциду й паралельно таким чином координує діяльність певних ("індивідуалізованих") осіб щодо вчинення геноциду.

Зазначимо, що ступінь такої "індивідуалізації" може бути різний: суб'єкт 1 може знати безпосередньо інших суб'єктів, які власне й вчиняють геноцид; суб'єкт 1 безпосередньо може й не знати всіх суб'єктів, які вчинятимуть власне геноцид, однак він, як мінімум, усвідомлює, що:

1) у кримінальному правопорушенні (вчиненні геноциду) беруть участь й інші суб'єкти (їхня кількість, їхні індивідуальні, особистісні чи інші характеристики для такого усвідомлення є необов'язковими, головне – сам факт розуміння суб'єктом того, що є й інші особи);

2) вся їхня участь у вчиненні геноциду є спільною (прямо чи непрямо (напр., конклюдентними діями) узгоджена функціональна роль кожного з них);

3) така участь у геноциді є умисною.

Під час геноциду в Руанді радіо стало вбивчою зброєю. Саме через радіостанцію "Тисячі Пагорбів" розповсюджувались меседжі, які "розпалювали голови" [4] ненавистю та містили заклики до геноциду. Однак не всі заклики до геноциду, які лунали по радіо, було визнано публічними.

У справі Нахімана Апеляційна судова палата Міжнародного трибуналу щодо Руанди встановила, що заклики, які були спрямовані до наглядців за блоками "не можуть стати основою для засудження [...] за пряме та публічне підбурювання до вчинення геноциду; [...] оскільки одержувачами повідомлення були лише особи, які обслуговували блокпости, а не широка громадськість [5].

Аналіз прецедентів дозволяє нам детальніше зрозуміти, що розуміється під "широкою громадськістю". Коли ми кажемо про фізичну присутність аудиторії та спікера в одному місці, то маємо на увазі "натовп", який може становити від 100 до приблизно 5000 осіб [6]. Тут треба звернути увагу, що це має бути саме натовп, а не чітко визначена аудиторія, яка, наприклад, відвідала певний захід за запрошеннями. Прикладом є ситуація, в якій

Жан Поль Акайешу, мер однієї із провінцій Руанди оголосив промову, після якої почалися масові атаки проти тутсі. Вранці місцеві жителі зібрались навколо тіла вбитого вчителя і Акайешу використав цю ситуацію з тією метою, щоб закликати аудиторію до того, щоб винищити жителів тутсі, які нібито були співниками Руандського Патріотичного Фронту (а співниками цього Фронту, як показав експертний лінгвістичний аналіз у справі, вже тоді вважались всі, хто був тутсі). Щодо розуміння "широкої громадськості" у контексті розповсюдження підбурювання через медіа, то маються на увазі застосування "систем, призначених для публічних звернень" [7].

Окремо необхідно звернути увагу на те, що відповідно до ст. 3 Конвенції кримінально караними є не просто публічні заклики до геноциду, а прямі та публічні заклики до геноциду. Отже, у міжнародному кримінальному праві заклики до геноциду "не обмежуються" лише публічністю, а вони (заклики) повинні бути прямими.

Термін "прямий заклик" включає три аспекти. По-перше, підбурювання не повинно складатися з "непрямої пропозиції". Це означає, що адресату не можна залишати альтернативних висновків про те, чи група повинна бути знищена базисними альтернативними формами діянь, які містяться в ст. 2 Конвенції. Тому треба проводити відмежування між публічними закликами до геноциду та простою "мовою ненависті", спрямованою на поширення презирства чи гніву проти групи, але залишаючи адресату можливість прийняти рішення, чи потрібно вчиняти діяння, визначені ст. 2 Конвенції.

По-друге, термін "прямий заклик" також містить аспект ясності, тобто, чи змогла аудиторія негайно зрозуміти зміст меседжу. Тут мається на увазі не тільки мовний бар'єр, а те, що геноцидальні меседжі рідко звучать як: "йдіть і знищуйте всю націю/народ". Злочинці вдаються до певних аналогій та метафор, які в певному контексті мають бути зрозумілі аудиторією. Такі заклики слід розглядати у світлі культурного та мовного змісту, адже конкретна промова може сприйматися як "пряма" в одній країні, а в іншій залишиться незрозумілою. Це прямо залежить від аудиторії. Для прикладу проаналізуємо заклик, який пролунав під час трансляції радіо "Тисячі Пагорбів": "рубайте високі дерева", після якого почалися масові вбивства. Якщо б такий заклик пролунав по українському радіо, то аудиторія навряд чи б зрозуміла, про які дерева йдеться. Однак аудиторія в Руанді була підготовлена пропагандою, меседжі якої часто підкреслювали різницю в рості та статури хуту і тутсі. Тут напрошується порівняння з "остаточним вирішенням єврейського питання", але потрібно мати на увазі, що прихований характер останнього меседжу був не публічним, а спрямованим на конкретних виконавців злочину. Однак і там і там певне "кодування" використовувалось для створення психологічного ефекту, що вбивці виконують корисну роботу. Посил (заклик), який залишається неоднозначним навіть після тлумачення відповідно до принципів, передбачених Конвенцією, не кваліфікується як публічний заклик до геноциду.

По-третє, у терміні "прямий заклик" слід розуміти й близькість часу між меседжем і ризиком геноциду. Елемент прямого заклику вимагає спеціального спонукання іншої особи вжити негайних кримінальних дій, а не просто робити нечіткі або непрямі пропозиції. Прямота, таким чином, також повинна вимагати того, щоб особа закликала вчиняти негайні або принаймні своєчасні дії проти відповідних національних, етнічних,

расових чи релігійних груп. Отже, звернення до геноцидних дій у майбутньому, буде недостатньо, якими б очевидними вони не були [2].

Окремо потрібно звернути увагу, що в офіційному (ратифікованому) тексті Конвенції вживається формулювання "пряме та публічне підбурювання до геноциду". Якщо за основу брати первинний текст Конвенції англійською мовою, то в ньому вживається формулювання "Direct and public incitement to commit genocide", тобто "прямі та публічні заклики до вчинення геноциду".

Вибраний законодавцем переклад призвів до формування в доктрині кримінального права підходу, відповідно до якого ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України необхідно розцінювати як публічне підбурювання, а відповідно додатково кваліфікувати ще й за ч. 4, ст. 27, ч. 1 ст. 442 Кримінального кодексу України.

Такий підхід є помилковим, оскільки не відповідає базисним конституційним та кримінальним принципам, положенням кримінального права, які стосуються інституту співучасті.

Отже, публічні заклики до вчинення геноциду – це одна із самостійних форм діянь, які визнаються протиправними, їх заборона (караність) спрямована на запобігання злочину геноциду; а публічні заклики до вчинення геноциду є самостійним складом кримінального правопорушення (ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України), який реалізує в національному законодавстві України обов'язки Держави відповідно до ратифікованої Конвенції.

Розповсюдження матеріалів із закликами до геноциду полягає в доведенні їх змісту до відома невизначеній кількості осіб.

Необхідно підкреслити, що такі матеріали можуть існувати в різній формі, зокрема:

1) паперовій (листівки, плакати, звернення, листи, гасла тощо);

2) цифровій (у соціальних мережах "Facebook", "V kontakte"), глобально доступних багатоплатформових зашифрованих фріміум клауд-месенджерів (напр., "Telegram", "Viber");

3) на плівці чи будь-якому іншому носії, побудованому на технології запису, обробки, передачі, зберігання й відтворення текстового, візуального чи аудіовізуального матеріалу (аудіозаписи на компакт-дисках, флеш-накопичувачах) тощо.

Перелік способів розповсюдження є необмеженим (у першу чергу – залежно від форми, в якій існують такі матеріали): шляхом розклеювання матеріалів на стінах будинків, установ, організацій, підприємств, підкиданням у приміщення, розповсюдження через інтернет, шляхом аудіо- чи відео відтворення на публічних заходах тощо.

Необхідно звернути увагу, що передача виготовлених матеріалів від одного суб'єкта іншому для подальшого їх розповсюдження (доведення їх змісту іншим особам) не є розповсюдженням у розумінні ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України. Такі дії мають розглядатися як готування до кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України. Наприклад, особа 1 передала особі 2 листівки із закликами до геноциду для подальшого їх розклеювання. Такі дії потрібно кваліфікувати за ч. 1 ст. 14, ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України.

Виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження – це дії з їхнього створення, унаслідок чого вони набувають відповідних характерних

властивостей, а саме містять інформацію із закликами до геноциду. Такими діями, зокрема, є створення відеоматеріалів (програм, виступів, інтерв'ю, відеороликів тощо), картинок, карикатур, зображень, текстових матеріалів тощо. При цьому, як було зазначено раніше, подібно як і розповсюдження, виготовлення матеріалів із закликами до геноциду може бути здійснено різним способом та в різній формі: друкованій, цифровій (у першу чергу – мережі Інтернет), на будь-яких інших носіях, побудованих на технологічному записі, обробці, передачі, зберіганні й відтворенні текстового, візуального чи аудіо-візуального матеріалу.

Необхідно звернути увагу на те, що не будь-яке виготовлення матеріалів із закликами до геноциду є кримінально-караним діянням у контексті ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України: виготовлення таких матеріалів повинно супроводжуватись "спеціальною" метою – з метою їх розповсюдження. При чому, поширення таких матеріалів не обов'язково в подальшому має бути здійснено суб'єктом виготовлення цих матеріалів. Головне, щоб суб'єкт усвідомлював, що виготовлені ним матеріали будуть розповсюджені.

При цьому зазначимо, що законодавець не конкретизує можливі способи та форми вчинення діянь, передбачених ч. 2 ст. 244 Кримінального кодексу України. Такі форми самі по собі можуть не утворювати окремого (самостійного) складу кримінального правопорушення (напр., публікація допису в соціальній мережі), а в окремих випадках сам по собі спосіб може бути кримінально протиправним. У такому випадку вчинене суб'єктом діяння необхідно кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень: за ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України та відповідною статтею, частиною статті Особливої частини Кримінального кодексу України (напр., виготовлення або розповсюдження матеріалів із закликами до геноциду, під час якого були незаконно використані авторські чи суміжні права (пісня, фонограма) за відповідних фактичних обставин кваліфікується за ч. 2 ст. 442 та ч. 1 ст. 176 Кримінального кодексу України).

Окремо необхідно звернути увагу, що форми діянь, які регламентовані в ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України, не виключають одна одну й у відповідній життєвій ситуації суб'єкт може вчинити відразу два чи три діяння в межах одного фактичного кримінального правопорушення (злочину). Наприклад, особа 1 виготовила відеоматеріали із закликами до геноциду та розмістила їх у мережі Інтернет.

Порівнюючи форми діянь, регламентовані ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України та положення ст. 3 Конвенції, можна побачити, що в національному законодавстві України форм діянь три, а в Конвенції одна ("прямі та публічні заклики до вчинення геноциду").

Чи має це практичне значення? Так. Наприклад, розповсюдження відеоматеріалів чи друкованих матеріалів із закликами до геноциду, їхнє виготовлення заздалегідь – не є протиправними в розумінні положень Конвенції, однак є кримінально караними згідно з положеннями кримінального законодавства України.

2. Суб'єктивні характеристики публічних закликів до геноциду відповідно до норм міжнародного кримінального права та кримінального законодавства України. Суб'єктом кримінального правопорушення (злочину) може бути фізична особа (громадянин України, особа без громадянства, іноземець), якій на момент вчинення злочину виповнилось 16 років.

Окремо необхідно звернути увагу, що суб'єктом може бути не лише публічна або відома особа (т. зв. "opinion makers" чи "media faces"), а взагалі будь-яка особа.

Така нормативна позиція є усталеною й у міжнародному кримінальному праві: згідно зі ст. 4 Конвенції за прямі та публічні заклики до геноциду можуть бути покарані як публічні офіційні особи, так і приватні особи.

Суб'єктивна сторона злочину включає наявність прямого умислу. Необхідно звернути увагу, що в ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України передбачено "публічні заклики до геноциду", "розповсюдження матеріалів із закликами до геноциду", а не "публічні заклики з метою геноциду", "розповсюдження матеріалів з метою геноциду".

Таким чином, якщо буквально тлумачити положення кримінального законодавства, кримінальній відповідальності підлягають і суб'єкти, які вчиняють публічні заклики до геноциду чи розповсюджують матеріали із закликами до геноциду, які не мають на меті повне або часткове знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей із однієї групи в іншу.

Отже, у національному кримінальному законодавстві України наявність мети подальшого вчинення геноциду при публічних закликах і розповсюдженні матеріалів не є обов'язковим елементом складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України.

Наприклад, за матеріальну винагороду суб'єкт здійснює розповсюдження матеріалів із закликами до геноциду і його не цікавить взагалі чи буде в подальшому здійснено геноцид; або ведучий телеканалу в прямому ефірі для подальшого кар'єрного зросту вчиняє публічні заклики до геноциду й чи буде вчинений реально геноцид – йому все одно.

У міжнародному кримінальному праві практикою його застосування вироблений інший підхід: спеціальна мета – подальше вчинення геноциду – є обов'язковою характеристикою прямих і публічних закликів до нього.

Загальний, ширший намір повинен супроводжуватися більш вузькою спеціальною метою – *dolus specialis* – знищити, повністю або частково, групу, до якої належать жертви геноциду. Жертви обираються не як окремі особи, а через те, що вони належали до групи, були "лише одним із елементів групи" і для того, щоб знищити частково або повністю всю групу.

Наявність *dolus specialis* можна встановити з контексту й аналізу широкої пропагандистської кампанії. Наприклад, по радіостанції "Тисячі Холмів" лунали імена конкретних осіб тутсі, яких закликали вбити. Ці імена звучали в рамках ширшої кампанії, яка була спрямована на переконання хуту в тому, що всі тутсі вороги, і якщо їх не знищити, то вони захоплять владу знову і знищать тутсі. Тобто, індивідуальна жертва є "лише одним із елементів групи". Жертвою злочину геноциду є сама група, а не окрема особа.

Dolus specialis – це психічний фактор, який дуже важко встановити. Це є причиною того, що за відсутності зізнання обвинуваченого його умисел можна довести на основі певної кількості презумцій. По-перше, аналіз треба робити в контексті вчинення інших дій, систематично спрямованих проти тієї самої групи, незалежно від

того, чи були ці дії вчинені тим самим правопорушником, чи іншими. Інші фактори, такі, як масштаб скоєних звірств, їх загальний характер у регіоні чи країні, або, крім того, факт навмисного та систематичного націлювання на жертв через їхню належність до певної групи, виключаючи членів інших груп.

Суб'єкт має цілком усвідомлювати дискримінаційний характер своїх дій і цілком підтримувати такий характер. Намір може полягати у бажанні знищити дуже велику кількість членів групи, і в цьому випадку це буде намір масово знищити групу (*en masse*). Також може складатися з бажання знищення більш обмеженої кількості осіб, відібраних з огляду на вплив, який їхнє зникнення мало б на виживання групи як такої. Тоді це означало б намір знищити групу "частково".

При вчиненні такої форми діяння, як виготовлення матеріалів із закликами до геноциду, наявна спеціальна мета – їх розповсюдження. Злочин вважається закінченим з моменту вчинення дії, спрямованої на досягнення цієї мети – не зважаючи на те, чи було досягнуто відповідну мету.

Також необхідно підкреслити, що законодавцем не вимагається, щоб вчинювані суб'єктом дії об'єктивно могли б у майбутньому призвести до геноциду.

Мотиви вчинення визначеного в ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України злочину на кваліфікацію не впливають. Ними можуть бути: корисливий мотив, кар'єризм, помста, авантюризм, незадоволення посадовим становищем тощо.

Висновки. Досліджуючи об'єктивні та суб'єктивні характеристики публічних закликів до геноциду в міжнародному кримінальному праві та в національному законодавстві України можна дійти таких висновків:

1. Існування національних, етнічних, расових і релігійних груп, як соціальна цінність, є об'єктом кримінально-правової охорони публічних закликів до геноциду, а відповідно й безпосереднім об'єктом цього злочину.

2. Змістовно поняття "геноцид" у міжнародному кримінальному праві та в законодавстві України є несумірними поняттями: розуміння геноциду як суспільного явища в Конвенції є ширшим, ніж у Кримінальному кодексі України. Такий дуалізм нормативних дефініцій терміну "геноцид" безпосередньо впливає й на конкретний кримінально-правовий зміст публічних закликів до геноциду як окремого (самостійного) кримінального правопорушення (злочину).

3. Публічні заклики до геноциду можуть бути вчинені в різній формі та за допомогою будь-яких засобів передачі інформації. Головною ознакою такого заклику є публічність, тобто висловлені раніше або надані невизначеній множині осіб, а не набору індивідуалізованих осіб.

4. На відміну від кримінального законодавства України, відповідно до ст. 3 Конвенції кримінально караними є не просто публічні заклики до геноциду, а прямі та публічні заклики до геноциду. Отже, у міжнародному кримінальному праві заклики до геноциду "не обмежуються" лише публічністю, а вони (заклики) повинні бути прямими

5. Розповсюдження матеріалів із закликами до геноциду полягає в доведенні їх змісту до відома невизначеній кількості осіб і може існувати в різній формі (зокрема паперовій, цифровій, глобально доступних багатоплат-

формових зашифрованих фріміум клауд-месенджерах, на плівці чи будь-якому іншому носії, побудованому на технології запису, обробки, передачі, зберігання й відтворення текстового, візуального чи аудіовізуального матеріалу) та в різний спосіб залежно, у першу чергу, від форми їх "існування".

6. Форми діянь, які регламентовані в ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України, є ширшими, ніж у міжнародному кримінальному праві й не виключають одна одну, а у відповідній життєвій ситуації суб'єкт може вчинити відразу два чи три діяння в межах одного фактичного кримінального правопорушення (злочину).

7. Суб'єктом публічних закликів до геноциду може бути не лише публічна або відома особа (напр., так звані "opinion makers" чи "media faces"), а взагалі будь-яка особа, яка відповідає (володіє) характеристиками, необхідними й достатніми для визнання його суб'єктом злочину відповідно до кримінального законодавства.

8. У національному кримінальному законодавстві України наявність мети подальшого вчинення геноциду при публічних закликах і розповсюдженні матеріалів не є обов'язковим елементом складу кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 442 Кримінального кодексу України; у міжнародному кримінальному праві та практикою його застосування вироблений інший підхід: спеціальна мета – подальше вчинення геноциду – є обов'язковою характеристикою прямих і публічних закликів до геноциду.

Список використаних джерел

1. Christian J. Tams, Lars Berster and Bjo'rn Schiffbauer (2014). *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*.
2. Prosecutor v Akayesu (Judgement) ICTR-96-4-T (2 September 1998), Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission to the General Assembly, 51 U.N. ORGA Supp. (No. 10), at 26, U.N. Doc. A/51/10(1996).
3. Report of the International Law Commission to the General Assembly, (1998) 51 U.N. ORGA Supp. (No. 10), at 26, U.N. Doc. A/51/10(1996).
4. Prosecutor v Nahimana et al. (Media case) (Judgement and sentence) ICTR-99-52-T (3 December 2003).
5. Prosecutor v Nahimana et al. (Media case) (Appeals Judgement) ICTR-99-52-A (28 November 2007).
6. Prosecutor v Kalimanzira (Appeals Judgement) ICTR-05-88-A (20 October 2010)/ Niyitegeka Trial Judgement, paras.
7. Prosecutor v Bikindi (Judgement) ICTR-01-72-T (2 December 2008).

References

1. Christian J. Tams, Lars Berster and Bjo'rn Schiffbauer (2014). *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: A Commentary*.
2. Prosecutor v Akayesu (Judgement) ICTR-96-4-T (2 September 1998), Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Report of the International Law Commission to the General Assembly, 51 U.N. ORGA Supp. (No. 10), at 26, U.N. Doc. A/51/10(1996).
3. Report of the International Law Commission to the General Assembly, (1998) 51 U.N. ORGA Supp. (No. 10), at 26, U.N. Doc. A/51/10(1996).
4. Prosecutor v Nahimana et al. (Media case) (Judgement and sentence) ICTR-99-52-T (3 December 2003).
5. Prosecutor v Nahimana et al. (Media case) (Appeals Judgement) ICTR-99-52-A (28 November 2007).
6. Prosecutor v Kalimanzira (Appeals Judgement) ICTR-05-88-A (20 October 2010)/ Niyitegeka Trial Judgement, paras.
7. Prosecutor v Bikindi (Judgement) ICTR-01-72-T (2 December 2008).

Надійшла до редколегії 15.03.23

D. Ptaschenko, PhD (Law), Assist.
ORCID ID: 0000-0001-9751-1509
Taras Shevchenko National University of Kyiv, Kyiv, Ukraine,
A. Vyshniakova, Lawyer
ORCID ID: 0009-0004-6539-9814
The head of public organization "LingvaLexa", Kyiv, Ukraine

PUBLIC INCITEMENT TO GENOCIDE: FEATURES OF THE NORMATIVE CONSTRUCTION IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW AND THE CRIMINAL LEGISLATION OF UKRAINE

Background. The purpose of the article is to investigate the objective and subjective characteristics of public calls for genocide as a criminal offense (crime) provided for in Part 2 of Art. 442 of the Criminal Code of Ukraine, and in international criminal law.

Methods. To achieve the set goal and defined tasks, the logical-normative method and the system analysis method formed the basis of the research.

Results. The article highlights the problem of the ratio of normative compositions of public calls to genocide in the criminal legislation of Ukraine and in international criminal law.

Conclusion. The conclusion was drawn that the existence of national, ethnic, racial and religious groups, as a social value, is the object of criminal protection of public calls for genocide, and, accordingly, the direct object of this crime. It was concluded that public calls for genocide can be made in different forms and by means of any means of information transmission, the main feature of such a call is publicity, that is, expressed before or given to an indefinite number of persons, and not to a set of individualized persons. The conclusion was formulated that, unlike the criminal legislation of Ukraine, in accordance with Art. 3 of the Convention criminalizes not just public calls for genocide, but direct and public calls for genocide. Therefore, in international criminal law, calls for genocide are "not limited" to publicity, but they (calls) must be direct.

It has also been investigated that the distribution of material calling for genocide consists in bringing its content to the knowledge of an unspecified number of persons and can exist in various forms (including paper, digital, globally available multi-platform encrypted freemium cloud messengers, on film or any other media built on the technology of recording, processing, transmission, storage and reproduction of textual, visual or audiovisual material) and spread in different ways depending, first of all, on the form of their "existence".

Forms of actions regulated in Part 2 of Art. 442 of the Criminal Code of Ukraine, are broader than in international criminal law and do not exclude each other, and in a relevant life situation, the subject can commit two or three acts at once within the limits of one actual criminal offense (crime).

The subject of public calls for genocide can be not only a public or well-known person (for example, so-called "opinion makers" or "media faces"), but in general, any person who meets (possess) the characteristics necessary and sufficient for its recognition as the subject of a crime in accordance with criminal legislation.

In the national criminal legislation of Ukraine, the presence of the purpose of further committing genocide in the case of public appeals and distribution of materials is not a mandatory element of the composition of the criminal offense provided for in part 2 of Article 442 of the Criminal Code of Ukraine; in international criminal law and the practice of its application, a different approach has been developed: a special goal – the further commission of genocide – is a mandatory characteristic of direct and public calls for genocide.

Keywords: genocide, public calls for genocide, production of materials with calls for genocide, crimes against peace, crimes against humanity.