



### Наталія Антонюк

кандидатка юридичних наук, доцентка,  
суддя Верховного Суду, секретар Першої судової палати  
Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду  
(Київ, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7582-2071>  
antoniuknataliasupremecourt@gmail.com

DOI: 10.33498/Юш-2023-05-101

### Микола Мазур

кандидат юридичних наук, доцент,  
суддя Касаційного кримінального суду  
у складі Верховного Суду  
(Київ, Україна)  
mazur@supreme.court.gov.ua



УДК 341.322.5

## “ІНШІ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ” (ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ)

АНОТАЦІЯ. Склад злочину, передбачений ст. 438 Кримінального кодексу України (КК України), сформульований законодавцем через перелік форм його вчинення. Проте, беззаперечно, цей склад злочину є бланкетною нормою. Складність застосування цієї статті обумовлена тим, що звертатися вітчизняному правозастосувачу слід до положень міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою України. Окрім цього необхідно чітко розуміти коло тих міжнародних договорів, які стосуються регулювання означеної проблематики.

Найбільш дискусійним і таким, що потребує наукового аналізу, є аналіз “інших порушень законів та звичаїв війни” як однієї із форм злочину, передбаченого ст. 438 КК України.

У цій статті чітко виділено коло міжнародних договорів, які слід використовувати судам під час кримінально-правової оцінки дій, винних за ст. 438 КК України, звернуто увагу на поняття “серйозні порушення законів та звичаїв війни” та їхнє правове значення.

Також у статті аргументовано можливість українських судів використовувати положення Женевських конвенцій, і саме через їхню призму покликатися на положення Римського статуту Міжнародного кримінального суду та практику міжнародних військових трибуналів. Адже Римський статут є результатом розвитку

© Наталія Антонюк, Микола Мазур, 2023

міжнародного гуманітарного права та кодифікації міжнародних злочинів, а це свідчить про існування широкого міжнародного консенсусу щодо розуміння поняття, переліку та ознак воєнних злочинів (а також інших міжнародних злочинів).

Ключові слова: порушення законів і звичаїв війни; передбачуваність; злочин.

Навіть на тлі того, що російська агресія проти України розпочалася ще в 2014 р. і весь цей час супроводжувалася скоєнням численних і різноманітних злочинів, новий її етап, пов'язаний із широкомасштабним вторгненням російської армії в Україну у 2022 р., відрізняється вражаючими за масштабністю та жорстокістю воєнними злочинами, які вчиняють представники різноманітних збройних формувань держави-агресора.

Якщо в період із 2014 р. до 2021 р. включно в Україні було ухвалено лише кілька вироків за ст. 438 Кримінального кодексу України (далі – КК України)<sup>1</sup> (які стосувалися фактів жорстокого поводження з військовополоненими<sup>2</sup> та цивільним населенням<sup>3</sup>, вигнанням цивільного населення для примусових робіт<sup>4</sup>), то ситуація кардинально змінилася 24 лютого 2022 р., оскільки, починаючи з цієї дати, за даними Офісу Генерального прокурора, станом на 1 травня 2023 р. було зареєстровано 81 337 злочинів, передбачених ст. 438 КК України<sup>5</sup>.

Протягом останнього року кількість вироків українських судів за ст. 438 КК України вже зросла до кількох десятків, але число зареєстрованих кримінальних проваджень щодо воєнних злочинів указує на те, що найближчим часом до судів можуть надійти тисячі нових справ. Таким чином, очевидно, що судова практика за ст. 438 КК України на сьогодні лише формується.

У цьому контексті слід зауважити, що ст. 438 КК України залишається незмінною з моменту ухвалення КК України в 2001 р.<sup>6</sup>. Зазначена кримінально-правова норма, окрім таких форм об'єктивної сторони, як

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 17.03.2023).

<sup>2</sup> Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 1 червня 2017 р. у справі № 243/4702/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/66885637>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>3</sup> Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15 грудня 2021 р. у справі № 243/6186/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/101948384>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>4</sup> Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 18 травня 2020 р. у справі № 415/2182/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/89984664>> (дата звернення: 26.02.2023); Вирок Лисичанського міського суду у Луганській області від 28 вересня 2021 р. у справі № 415/4570/21 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/99929812>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>5</sup> Злочини, вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ: інфографіка станом на 01.05.2023 (Офіс Генерального прокурора) <<https://web.archive.org/web/20230501113009/www.gp.gov.ua>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>6</sup> 20 травня 2021 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права”, який вносить до КК України істотні зміни та доповнення, зокрема і щодо воєнних злочинів, але він досі не підписаний Президентом України. Див.: Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного прав (№ 2689 від 27.12.2019) <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/112>> (дата звернення: 26.02.2023).

1) “жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням”; 2) “вигнання цивільного населення для примусових робіт”; 3) “розграбування національних цінностей на окупованій території”; 4) “застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом”; 5) “віддання наказу про вчинення таких дій”, визнає злочином також; 6) “інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України” (далі – “інші порушення законів та звичаїв війни”).

Останнє формулювання дозволяє кваліфікувати за цією статтею доволі широкий перелік воєнних злочинів, відомий сучасному міжнародному праву, але створює певну невизначеність у її тлумаченні та застосуванні.

Таким чином, ст. 438 КК України потребує ґрунтовного наукового аналізу, насамперед для теоретичного обґрунтування того, які саме діяння становлять “інші порушення законів та звичаїв війни”.

Воєнні злочини в системі міжнародного гуманітарного та українського кримінального права були предметом досліджень багатьох іноземних (Г. Верле<sup>7</sup>, К. Дорманн<sup>8</sup>, Д. Чатер<sup>9</sup> та інші) і українських (В. Ємельяненко<sup>10</sup>, М. Зубанський<sup>11</sup>, І. Колотуха<sup>12</sup>, К. Оробець, В. Пилипенко<sup>13</sup>, В. Репецький<sup>14</sup> та інші) авторів. Утім, широкі формулювання ст. 438 КК України у поєднанні з нагальною необхідністю притягнення до відповідальності представників російських збройних формувань, які вчинили десятки тисяч воєнних злочинів, обумовлює необхідність подальших досліджень у цьому напрямі, зокрема і задля виявлення та вирішення насамперед практичних проблем застосування вказаної норми КК України.

Метою дослідження є теоретичне обґрунтування необхідності тлумачення поняття “інші порушення законів та звичаїв війни”, який вживається у ст. 438 КК України, з урахуванням вимоги передбачуваності

<sup>7</sup> Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (2nd edition, T.M.C. Asser Press 2009) 660.

<sup>8</sup> Knut Dörmann, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary* (Cambridge University Press 2008) 524; Knut Dörmann, ‘War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes’ (2003) 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 341–407.

<sup>9</sup> David Chuter, *War Crimes: Confronting Atrocity in the Modern World* (London 2003) 299.

<sup>10</sup> В. Ємельяненко, К. Оробець, ‘Воєнні злочини: поняття, особливості та співвідношення з військовими кримінальними правопорушеннями за Кримінальним кодексом України’ (2022) 11 *Наукові інновації та передові технології* (Серія “Державне управління”, Серія “Право”, Серія “Економіка”, Серія “Психологія”, Серія “Педагогіка”) 123–36.

<sup>11</sup> М. Зубанський, ‘Поняття та склад воєнного злочину в контексті положень міжнародного кримінального права’ (2022) 58 *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України* 47–56.

<sup>12</sup> І. Колотуха, ‘Кримінальна відповідальність фізичних осіб за порушення норм міжнародного гуманітарного права’ (автореф. дис. канд. юрид. наук, 2010) 19.

<sup>13</sup> В. Пилипенко, ‘Склад воєнного злочину за міжнародним кримінальним правом’ (2017) 79 *Актуальні проблеми держави і права* 110–16; В. Пилипенко, ‘Воєнні злочини як серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року в контексті міжнародного кримінального права’ (2018) 6 *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України* 81–93.

<sup>14</sup> В. Репецький, В. Лисик, ‘Поняття та ознаки воєнних злочинів’ (2009) 1 *Альманах міжнародного права* 120–5.

закону про кримінальну відповідальність, сформульованої в практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), а також вироблення на основі цього аналізу деяких практичних рекомендацій стосовно застосування ст. 438 КК України.

Одним із ключових якісних критеріїв, яким має відповідати закон про кримінальну відповідальність, є його передбачуваність. Особливо гостро питання щодо дотримання цієї вимоги постає в тих випадках, коли норма кримінального закону містить широкі чи бланкетні формулювання, а також відкритий перелік діянь, які можуть бути кваліфіковані як злочин (або кримінальний проступок).

Загальні принципи, які стосуються передбачуваності закону про кримінальну відповідальність, сформульовані в багатьох рішеннях ЄСПЛ за ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)<sup>15</sup>:

154 <...> [С]таття 7 не обмежується заборонаю ретроспективного застосування кримінального закону на шкоду обвинуваченому: вона також втілює загалом принцип, що лише закон може визначити злочин і встановити покарання (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), а також принцип, що кримінальний закон не повинен надто широко тлумачитись на шкоду обвинуваченому, наприклад, за аналогією. Із цих принципів випливає, що правопорушення має бути чітко визначене законом – національним чи міжнародним. Ця вимога задовольняється, якщо особа може знати з формулювання відповідного положення – і, якщо необхідно, за допомогою судового тлумачення та кваліфікованої юридичної допомоги – які дії та бездіяльність призведуть до кримінальної відповідальності. Таким чином, Суд зазначив, що, говорячи про “закон”, стаття 7 посилається на ту саму концепцію, на яку Конвенція посилається в інших місцях, використовуючи цей термін, що включає як писане, так і неписане право та передбачає якісні вимоги, зокрема, щодо доступності та передбачуваності <...>.

155 <...> [Я]ким би чітким не було сформульоване правове положення, у будь-якій правовій системі, включаючи кримінальне право, існує неминучий елемент судового тлумачення. Завжди буде потреба у з’ясуванні сумнівних моментів і адаптації до мінливих обставин. Дійсно, у державах-учасниках Конвенції прогресивний розвиток кримінального права шляхом судового тлумачення є добре вкоріненою та необхідною частиною правової традиції. Статтю 7 Конвенції не можна трактувати як таку, що забороняє поступове роз’яснення норм кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення від випадку до випадку, за умови, що результат цього розвитку відповідає суті правопорушення та може бути розумно передбачуваним <...><sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text)> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>16</sup> *Vasiliauskas v. Lithuania*. App 35343/05. European Court of Human Rights, [GC], Judgment 20 October 2015 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158290>> (accessed: 26.02.2023).

ЄСПЛ послідовно наголошує, що в принципі його завданням не є заміна національних юрисдикцій і, враховуючи субсидіарний характер системи Конвенції, у функції цього Суду не входить розгляд фактичних або юридичних помилок, допущених, як заявляється в скарзі, національним судом. Однак наведене не стосується випадків, коли це могло призвести до порушення прав і свобод, захищених Конвенцією, або якщо висновки національного суду є явно свавільними. ‘Цей принцип також застосовується, коли національне законодавство відсилає до норм загального міжнародного права або міжнародних угод <...> і коли національні суди застосовують принципи міжнародного права’<sup>17</sup>.

У низці справ ЄСПЛ розглядав питання щодо “передбачуваності” норм національного та міжнародного права, які стали підставою для кримінальної відповідальності за міжнародні злочини, включаючи воєнні злочини та злочин геноциду.

Наприклад, у справі “*Кононов проти Латвії*”<sup>18</sup> у липні 1998 р. заявнику пред’явили обвинувачення у скоєнні воєнних злочинів під час каральної операції проти цивільного населення в селі Мазе Баті, проведеної загном “червоних партизан” у 1944 р. під час Другої світової війни. Заявника було засуджено за ст. 68-3 КК Радянської Соціалістичної Республіки Латвія 1961 р. (при цьому положення стосовно воєнних злочинів було включене в цей КК тільки в 1993 р.). У своїй скарзі до ЄСПЛ заявник наполягав на тому, що діяння, за які його було засуджено, на час скоєння не становили злочину ні за внутрішнім, ні за міжнародним правом. Він також стверджував, що в 1944 р. він, як молодий солдат, який боровся за ворожою лінією фронту, не міг передбачати, що його дії становитимуть воєнний злочин, або що проти нього буде порушене кримінальне переслідування.

Розглянувши справу у складі палати, 24 липня 2008 р. ЄСПЛ чотирма голосами проти трьох констатував порушення ст. 7 Конвенції, оскільки в 1944 р. неможливо було передбачити, що зазначені дії заявника, вчинені під час війни, в подальшому кваліфікуватимуться як воєнні злочини з позиції міжнародного права. Однак 17 травня 2010 р., переглянувши цю справу у складі Великої палати, ЄСПЛ чотирнадцятьма голосами проти трьох постановив, що порушення ст. 7 Конвенції відсутнє, оскільки відповідні діяння можна було вважати злочином у момент їх вчинення з огляду на положення Гаазької конвенції<sup>19</sup> і звичаєве міжнародне право.

<sup>17</sup> *Vasiliauskas v. Lithuania* (n 16) 160.

<sup>18</sup> *Kononov v. Latvia*. App 36376/04. European Court of Human Rights, [GC], Judgment 17 May 2010 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>19</sup> Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны от 18 октября 1907 <<https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/hague-convention-iv-181007.htm>> (дата звернення: 26.02.2023).

У цій справі ЄСПЛ зробив важливе зауваження: '<...> якщо національне право не наводить конкретної характеристики воєнного злочину, внутрішній суд може спиратись у своєму мотивуванні на міжнародне право, не порушуючи принципи *nullum crimen i nulla poena sine lege*'<sup>20</sup>.

Однак навіть коли йдеться про засудження за воєнні чи інші міжнародні злочини, самого лише посилення на міжнародне право чи на положення конкретного міжнародного договору може виявитися недостатньо для дотримання вимог передбачуваності згідно зі ст. 7 Конвенції. Національний суд має навести переконливі аргументи на користь того, що на час вчинення діяння міжнародному праву не просто був відомий конкретний вид злочину, а й були визначені відповідні його ознаки, що стали підставою для висновку про наявність складу злочину в конкретній справі.

Для прикладу, у справі "*Васіляускас проти Литви*"<sup>21</sup> Велика палата ЄСПЛ дев'ятьма голосами проти восьми постановила, що ст. 7 Конвенції була порушена через засудження у 2004 р. колишнього співробітника органів державної безпеки Литовської РСР В. Васіляускаса за "геноцид литовських партизан", які вели боротьбу з радянською владою після Другої світової війни. Заявник скаржився, що всупереч ст. 7 Конвенції його було притягнуто до відповідальності за діяння, вчинене в 1953 р., на підставі ст. 99 нового КК Литви, в якій міститься широке трактування злочину геноциду, що не відповідає формулюванню цього злочину в міжнародному публічному праві. ЄСПЛ констатував, що хоча злочин "геноцид" був чітко визначений у міжнародному праві на час вчинення злочину (зокрема, про нього йшлося у Конвенції ООН про геноцид<sup>22</sup>, підписаній колишнім Радянським Союзом у 1949 р.), однак чинні на той момент міжнародні договори не включали "політичну групу" (ця ознака була ключовою при кваліфікації дій заявника) у визначення геноциду, і міжнародне право не було зрозумілим щодо цього визначення. За таких обставин, на думку ЄСПЛ, тлумачення литовськими судами злочину геноциду у справі щодо Васіляускаса в 2004 р. не відповідало розумінню концепції геноциду станом на 1953 р.<sup>23</sup>

У справі "*Йоргіч проти Німеччини*"<sup>24</sup> було два можливі варіанти тлумачення терміна "знищити" у визначенні злочину геноциду, і ЄСПЛ розглянув сумісність засудження заявника на основі ширшого тлумачення (знищення мусульман як окремої соціальної спільноти в регіоні на про-

<sup>20</sup> Kononov v. Latvia (n 18) § 208.

<sup>21</sup> Vasiliauskas v. Lithuania (n 16).

<sup>22</sup> Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, Принята резолюцией 260 (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1948 г. <[https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/genocide.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/genocide.shtml)> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>23</sup> Vasiliauskas v. Lithuania (n 16).

<sup>24</sup> Jorgic v. Germany. App 74613/01. European Court of Human Rights, Judgment, 12 July 2007 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81608>> (accessed: 26.02.2023).



тивагу до їх фізичного знищення) зі ст. 7 Конвенції. При цьому ЄСПЛ зазначив, що тлумачення обсягу правопорушення, яке відповідає суті цього правопорушення, “повинно, як правило, вважатися передбачуваним”, хоча в деяких випадках з урахуванням особливих обставин справи особа може розраховувати на більш вузьке тлумачення національними судами застосованої правової норми, з огляду, зокрема, на тлумачення злочину геноциду в інших джерелах. Отже, Суд дослідив, чи існували у цій справі підстави для виключно вузького тлумачення названого злочину. ЄСПЛ встановив, що дійсно на міжнародному та національному рівні різні органи, установи, вчені тощо сформували відмінні підходи до тлумачення геноциду – широкий і вузький. При цьому на користь вузького підходу свідчило те, що, на думку більшості правників, етнічні чистки, здійснені сербськими військами у Боснії і Герцеговині з метою вигнання мусульман і хорватів з їхніх помешкань, не становили геноциду, а також те, що вузький варіант тлумачення цього терміна обрав Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії у справах “Прокурор проти Крстича”<sup>25</sup> і “Прокурор проти Купрескіча та інших”<sup>26</sup>. Утім, з урахуванням конкретних обставин вчинення злочину заявником (його було визнано винним у діяннях значної тяжкості й тривалості, таких як убивство кількох людей, позбавлення волі та жорстоке поводження з багатьма людьми протягом кількох місяців, скоєних у ролі командира воєнізованого формування та для проведення політики етнічних чисток), а також наявності кількох джерел, які указували на необхідність більш широкого тлумачення поняття “геноцид”, ЄСПЛ у цій справі дійшов висновку, що тлумачення національними судами злочину геноциду можна небезпідставно вважати таким, що відповідає суті цього злочину, і котре могло бути розумно передбачене заявником на час подій, а тому порушення ст. 7 Конвенції відсутнє<sup>27</sup>.

З наведеного можна зробити висновок, що відсутність у ст. 438 КК України вичерпного переліку воєнних злочинів, як і чіткого визначення їх ознак, саме собою не порушує положення ст. 7 Конвенції, оскільки національні суди можуть і навіть повинні визначати ознаки тих чи інших воєнних злочинів з урахуванням того, як вони розуміються у сучасному міжнародному праві.

Це дає українським судам можливість застосовувати ст. 438 КК України до доволі широкого кола діянь, які можуть бути кваліфіковані як воєнні злочини за міжнародним правом. Однак це все одно вимагає уважного

<sup>25</sup> The Prosecutor v. Krstić. 19 Apr 2004 (IT-98-33-A). International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/IT-98-33-A/JUD116R0000194333.tif>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>26</sup> The Prosecutor v. Kupreškić et al. (IT-95-16). 14 Jan 2000. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia <<https://www.icty.org/en/case/kupreskic>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>27</sup> Jorgic v. Germany (n 24).

й обережного тлумачення відповідних норм міжнародного гуманітарного права для того, щоб результат такого тлумачення задовольняв вимогу передбачуваності, як того вимагає ЄСПЛ. Зокрема, ст. 7 Конвенції не буде порушена, якщо українські суди будуть тлумачити поняття “інші порушення законів та звичаїв війни” у тексті ст. 438 КК України, не виходячи, як правило, за межі загальновизнаного в міжнародному праві розуміння воєнних злочинів. Водночас це не виключає можливості тлумачення національними судами норм міжнародного гуманітарного права при застосуванні ст. 438 КК України, спираючись на концепції, що існують у міжнародному праві, але ще не стали загальновизнаними, однак це істотно збільшує вірогідність порушення вимоги “передбачуваності” та вимагає додаткового й переконливого обґрунтування.

У цьому контексті необхідно звернути увагу на те, що ст. 438 КК України відсилає не до міжнародного права взагалі, а говорить лише про “інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”. Тому склад злочину за ст. 438 КК України не можуть утворювати порушення законів та звичаїв війни, які визначені виключно звичаєвим міжнародним правом та/або міжнародними договорами, які Україна не ратифікувала. Натомість обов’язковою умовою кваліфікації того чи іншого діяння як “іншого порушення законів та звичаїв війни” відповідно до ст. 438 КК України є необхідність ідентифікації порушеного положення міжнародного договору, ратифікованого Україною.

Такими договорами, наприклад, є Гаазька Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі<sup>28</sup>, Женевські конвенції, підписані 12 серпня 1949 р. – Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях<sup>29</sup>, Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі<sup>30</sup>, Конвенція про поводження з військовополоненими<sup>31</sup>, Конвенція про захист цивільного населення під час війни<sup>32</sup> (далі відповідно – Женевська конвенція I, Женевська конвенція II, Женевська конвенція III, Женевська конвенція IV), Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (далі – Про-

<sup>28</sup> Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны (н 19).

<sup>29</sup> Женевська конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114%D0%B0-03#Text>> (дата звернення: 04.03.2023).

<sup>30</sup> Женевська конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_152#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152#Text)> (дата звернення: 04.03.2023).

<sup>31</sup> Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_153#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text)> (дата звернення: 04.03.2023).

<sup>32</sup> Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни 12 серпня 1949 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_154#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text)> (дата звернення: 04.03.2023).



токол I)<sup>33</sup>, Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію та Протоколи до неї<sup>34</sup>, Конвенція про захист культурних цінностей на випадок збройного конфлікту і Протокол до неї<sup>35</sup> та ін.

Як наведені вище, так і інші міжнародні договори України містять велику кількість правил, які в широкому розумінні можна віднести до “законів і звичаїв війни”. Однак чи означає це, що будь-яке порушення норм міжнародних договорів, ратифікованих Україною, становитиме злочин у розумінні ст. 438 КК України? Звичайно, ні.

Для прикладу, відповідно до ст. 28 Женевської конвенції III в усіх таборах військовополонених мають відкриватися крамниці, де військовополонені можуть купувати продукти харчування, мило й тютюн, а також предмети повсякденного вжитку. Отже, відсутність тютюну в таких крамницях становитиме порушення Женевської конвенції III, але очевидно за своїм характером не є таким, що саме собою може вважатися злочином.

Саме тому в науковій літературі загально визнаним є підхід, відповідно до якого воєнними злочинами за міжнародним правом вважаються лише “серйозні” порушення законів і звичаїв війни<sup>36</sup>. Отже, при кваліфікації тих чи інших діянь мало встановити факт порушення певної норми міжнародного договору, необхідно довести, що це становить “серйозне” порушення законів і звичаїв війни і, відповідно, вважається злочином у міжнародному праві.

У деяких випадках у тексті відповідного міжнародного договору міститься вказівка на те, які порушення його положень є “серйозними”, в інших такі вказівки відсутні, а отже, “серйозні порушення” мають бути визначені тлумаченням. А оскільки йдеться про необхідність тлумачення насамперед норм міжнародного гуманітарного права, з огляду на вимогу “передбачуваності” такого тлумачення, воно має узгоджуватися з існуючими в міжнародному праві підходами. І якщо кваліфікація певних порушень як “серйозних” може бути достатньо очевидною (наприклад, неправомірне убивство військовополоненого), то в інших, менш очевидних ситуаціях, це потребуватиме звернення до інших джерел тлумачен-

<sup>33</sup> Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 8 червня 1977 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text)> (дата звернення: 04.03.2023).

<sup>34</sup> Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію від 10 жовтня 1980 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_266/print](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266/print)> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>35</sup> Конвенція о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 г. <<https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/treaties-cultural-properties-140554.htm>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>36</sup> Див., наприклад: М Гнатовський, Т Короткий, ‘Визначення воєнних злочинів у міжнародному кримінальному праві’ (*Юридична газета Online*, 18.04.2022) <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/viznachennya-voennih-zlochiv-u-mizhnarodnomu-kriminalnomu-pravi.html>> (дата звернення: 26.02.2023); Репецький, Лисик (н 14) 123; та ін.

ня, включаючи інші (нератифіковані Україною) міжнародні договори, міжнародне звичаєве право, практику міжнародних трибуналів, авторитетні наукові дослідження тощо.

У цьому контексті необхідно звернути увагу на положення Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – МКС)<sup>37</sup>, ст. 8 якого містить перелік із понад 50 воєнних злочинів, які можуть бути вчинені під час міжнародних і неміжнародних збройних конфліктів.

Україна підписала Римський Статут МКС 20 січня 2000 р., однак досі його не ратифікувала, у зв'язку з чим його положення не можуть утворювати нормативну основу для застосування ст. 438 КК України. Інакше кажучи, при формулюванні обвинувачення за ст. 438 КК України за фактом вчинення “іншого порушення законів та звичаїв війни” не можна посилалися на порушення Римського статуту – необхідно віднайти відповідну норму іншого міжнародного договору, ратифікованого Україною. Це не означає, що українські суди взагалі не мають права посилалися на цей Статут у своїх рішеннях.

Римський статут МКС став результатом тривалого розвитку міжнародного гуманітарного права та кодифікації міжнародних злочинів, зокрема й воєнних. Його учасницями на сьогодні є 123 країни<sup>38</sup>. Це свідчить про існування широкого міжнародного консенсусу щодо розуміння поняття, переліку та ознак воєнних злочинів (а також інших міжнародних злочинів). Саме тому з метою забезпечення “передбачуваності” застосування ст. 438 КК України Римський статут разом із “Елементами злочинів”<sup>39</sup> доцільно або навіть необхідно використовувати українським суддям, прокурорам та слідчим як додатковий засіб тлумачення тих міжнародних договорів, які були ратифіковані Україною. І хоча перелік воєнних злочинів, передбачений у ст. 8 Римського статуту, не є вичерпним чи обов'язковим для українських судів – положення цього документа потрібно розглядати як авторитетне джерело тлумачення та переконливий орієнтир для застосування інших норм міжнародного гуманітарного права, які є обов'язковими для України<sup>40</sup>.

Для прикладу, згідно з ч. 3 ст. 35 Протоколу I заборонено застосовувати методи або засоби ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або,

<sup>37</sup> Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text)> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>38</sup> The States Parties to the Rome Statute (International Criminal Court) <<https://asp.icc-cpi.int/states-parties>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>39</sup> Elements of Crimes adopted at the 2010 Review Conference are replicated from the Official Records of the Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 31 May – 11 June 2010 (International Criminal Court publication, RC/11) <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>> (accessed: 26.02.2023).

<sup>40</sup> Аналогічну позицію має наш колега, суддя Верховного Суду Г. Анісімов (див.: Герман Анісімов, ‘Під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни важливим є встановлення контекстуального аспекту’ (Верховний Суд, 04.07.2022) <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1291154>> (дата звернення: 26.02.2023)).

як можна очікувати, завдадуть широкої, довгочасної і серйозної шкоди природному середовищу. На додаток до цього, відповідно до ч. 1 ст. 55 Протоколу I при веденні воєнних дій має бути виявлена турбота про захист природного середовища від широкої, довгочасної і серйозної шкоди; такий захист включає заборону використання методів або засобів ведення війни, що мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть такої шкоди природному середовищу й тим самим завдадуть шкоди здоров'ю або виживанню населення. Однак у статтях 11, 85 Протоколу I, порушення зазначених норм не відноситься до “серйозних”.

Звідси виникають два питання: 1) чи становитиме застосування методів або засобів ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть широкої, довгочасної і серйозної шкоди, воєнний злочин за ст. 438 КК України? 2) якщо так, то які ознаки складу цього злочину?

Звернення у цьому випадку до положень ст. 8 Римського статуту дає змогу дійти висновку, що міжнародному праву відомий такий злочин. Зокрема, він передбачений ст. 8(2)(b)(iv) Римського статуту:

<...> умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою<sup>41</sup>.

Обов'язкові ознаки цього злочину розкриті в “Елементах злочинів”.

При цьому порівняння положень статей 35, 55 Протоколу I та ст. 8(2)(b)(iv) Римського статуту вказує на те, що вони є відмінними і це не випадковість. Справа в тому, що під час підготовки його тексту наведене положення ст. 8(2)(b)(iv) було предметом окремих дискусій і з'явилося у Статуті лише після того, як воно відповідним чином було модифіковано.

Отже, наведене дає змогу дійти переконання, що засудження особи на підставі ст. 438 КК України за порушення законів та звичаїв війни, що передбачені статтями 35, 55 Протоколу I, яке полягало в умисному вчиненні нападу з усвідомленням того, що такий напад заподіє масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною порівняно з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою, не порушуватиме ст. 7 Конвенції, оскільки таке застосування закону про кримінальну відповідальність у системному зв'язку з положеннями Протоколу I ґрун-

<sup>41</sup> Римський статут Міжнародного кримінального суду (н 37).

тується на існуючому широкому міжнародному консенсусі щодо визначення ознак цього злочину.

Натомість притягнення особи до кримінальної відповідальності за назованими статтями КК України та Протоколу I в інших випадках, ніж це передбачено у ст. 8(2)(b)(iv) Римського статуту, хоча теоретично й можливе за умови належного обґрунтування на основі аналізу інших джерел, але це значно збільшує ризик порушити вимогу передбачуваності кримінального закону, як вона розуміється у практиці ЄСПЛ.

Останній висновок так само стосується інших порушень законів і звичаїв війни в ситуаціях, коли засудження особи виходить за межі загальноновизнаних у міжнародному праві підходів щодо розуміння воєнних злочинів. Гарною ілюстрацією відсутності загального консенсусу щодо визнання окремих діянь міжнародним воєнним злочином є той факт, що декілька таких діянь зрештою не були включені до тексту ст. 8 Римського статуту<sup>42</sup>. Саме тому можна передбачити, що по мірі розвитку міжнародного гуманітарного права відбуватиметься подальше розширення переліку міжнародних воєнних злочинів.

Інша причина, яка вказує на доцільність використання ст. 8 Римського статуту як додаткового джерела тлумачення та орієнтира для застосування, полягає в необхідності дотримання інших положень Конвенції, зокрема п. 3 “а” ч. 2 ст. 6. Ця норма передбачає, що кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право “бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього”.

ЄСПЛ послідовно наголошує, що наведене положення свідчить про необхідність бути надзвичайно обережним при повідомленні особи про висунуте їй “звинувачення”.

Обвинувальний акт відіграє вирішальну роль у кримінальному провадженні: його вручення означає офіційне повідомлення обвинуваченому про правову та фактичну основу висунутих проти нього звинувачень <...>. Стаття 6 § 3 (а) Конвенції надає обвинуваченому право бути поінформованим не лише про підстави обвинувачення, тобто про суттєві факти, які йому інкримінуються і на яких ґрунтується обвинувачення, але й про юридичну кваліфікацію, надану цим фактам <...>. Суд вважає, що в кримінальному провадженні точна і повна інформація про обвинувачення, висунуте особі, а отже, і про правову кваліфікацію, яку може дати суд, є важливою умовою справедливості провадження <...> Хоча дійсно положення статті 6 § 3 (а) не встановлюють жодної конкретної форми щодо того, як обвинувачений має бути поінформований про характер і причину висунутого проти нього обвинувачення <...>, однак воно має бути передбачуваним для останнього <...> Нарешті <...> Суд

<sup>42</sup> Dörmann (n 8) 345–9.

вважає, що існує зв'язок між підпунктами (а) і (б) статті 6 § 3 і що право бути поінформованим про характер і підстави обвинувачення має розглядатися у світлі права обвинуваченого на підготовку свого захисту<sup>43</sup>.

Утім, аналіз вироків за ст. 438 КК України, ухвалених у 2022–2023 рр. українськими судами, свідчить, що в деяких випадках після викладу встановлених фактичних обставин суди обмежуються вказівкою на те, що дії обвинуваченого кваліфікуються за ч. 1 ст. 438 КК України “як порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України” (навіть без указівки на порушену норму міжнародного договору).

В інших випадках суди, дійшовши висновку, що мало місце “порушення законів та звичаїв війни”, визначають конкретні норми міжнародних договорів України, які були порушені. Однак і цього може виявитися недостатньо для дотримання вимог ст. 6 Конвенції, адже не будь-яке порушення законів і звичаїв війни, як нами було з'ясовано вище, має всі необхідні ознаки для кваліфікації його саме як злочин (наприклад, це стосується згаданого вище порушення статей 35, 55 Протоколу I).

Тому найбільш правильною вважаємо практику тих судів, які не лише посилаються на порушені норми міжнародних договорів, ратифікованих Україною, а й конкретизують у чому саме полягало порушення законів і звичаїв війни (зокрема з указівкою на суб'єктивну сторону діяння тощо). Це забезпечить особі можливість зрозуміти не тільки фактичні, а й юридичні аспекти висунутого обвинувачення, та належним чином підготуватися до захисту.

У цьому контексті використання українськими слідчими, прокурорами та суддями положень ст. 8 Римського статуту як орієнтиру (хоча і не суворо обов'язкового) при формулюванні висунутого чи встановленого обвинувачення дасть змогу належним чином його конкретизувати в кожному конкретному випадку (у такому разі особа, спираючись на положення цього Статуту, “Елементів злочинів” і відповідної практики МКС, може чітко визначити важливі ознаки злочину, які впливають на кваліфікацію діяння, а отже, і зможе належним чином підготуватися до захисту), а також забезпечить необхідні умови для швидкої та ефективної уніфікації підходів щодо визначення складів воєнних злочинів і відповідної термінології, що застосовуються у слідчій і судовій практиці в межах всієї країни.

Наостанок вважаємо за потрібне звернути увагу на те, що в проєкті нового КК України, який розробляє Робоча група з питань розвитку кримінального права, що є частиною Комісії з питань правової реформи,

<sup>43</sup> Varela Geis v. Spain. App 61005/09. European Court of Human Rights, Judgment 5 March 2013 <<https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-116941>> (accessed: 26.02.2023).

створеної Указом Президента України від 7 серпня 2019 р. № 584/2019<sup>44</sup>, обов'язковою ознакою складів воєнних злочинів (які в цілому викладені більш детально, ніж у чинному КК України) визнається вчинення відповідного діяння особою, яка діяла 'на виконання політики сторони збройного конфлікту, що передбачала широкомасштабне або системне порушення норм міжнародного гуманітарного права'<sup>45</sup>.

Можливо, при підготовці цього розділу проекту нового КК України автори помилково спиралися на положення ч. 1 ст. 8 Римського статуту, яка передбачає, що МКС "має юрисдикцію стосовно воєнних злочинів, зокрема у випадках, коли їх вчинено в рамках плану чи політики або в рамках широкомасштабного вчинення таких злочинів". Однак це положення насправді не дає визначення поняття воєнних злочинів та не формулює їх обов'язкові ознаки, а містить лише вказівку на юрисдикційний поріг<sup>46</sup>, який стосується виключно компетенції Міжнародного кримінального суду, оскільки його діяльність швидко була б паралізована через необхідність розглядати величезну кількість справ.

Тому пропонуємо виключити зазначену вище ознаку воєнних злочинів, запропоновану Робочою групою з питань розвитку кримінального права, з тексту проекту нового КК України як явно необґрунтовану. У міжнародному праві загальновизнаною є позиція, що серйозні порушення норм міжнародного гуманітарного права мають бути кримінально караними, навіть якщо вони мали одиничний характер і не були вчинені в межах якоїсь широкомасштабної практики чи політики (скажімо, умисне протиправне вбивство одного військовополоненого або однієї цивільної особи під час збройного конфлікту є воєнним злочином незалежно від поширеності таких фактів).

Висновки. Відсутність у ст. 438 КК України вичерпного переліку воєнних злочинів, як і чіткого визначення їх ознак, саме собою не порушує положення ст. 7 Конвенції.

Національні суди можуть визначати ознаки тих чи інших воєнних злочинів з урахуванням того, як вони розуміються у сучасному міжнародному праві.

Судам необхідно не лише посилатися на порушені норми міжнародних договорів, ратифікованих Україною, а й конкретизувати суть порушення законів і звичаїв війни (зокрема і з вказівкою на суб'єктивну сторону діяння тощо).

<sup>44</sup> Питання Комісії з питань правової реформи: Указ Президента України від 7 серпня 2019 р. № 584/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>45</sup> Кримінальний кодекс України: контрольний текст проекту (станом на 22.05.2023) <<https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/22/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-22-05-2023.pdf>> (дата звернення: 26.02.2023).

<sup>46</sup> Детальніше про це див.: Dörmann (n 8) 349.



Під час кваліфікації тих чи інших діянь як воєнного злочину необхідно довести, що вони становлять “серйозне” порушення законів і звичаїв війни і, відповідно, вважаються злочином у міжнародному праві.

Римський статут МКС може бути використаний судовою практикою як взірець широкого міжнародного консенсусу щодо розуміння поняття, переліку та ознак воєнних злочинів.

Безпосередньо посилатися під час кримінально правової кваліфікації діянь за ст. 438 КК України слід на ратифіковані Верховною Радою України міжнародні договори, як це впливає зі змісту вказаної статті кримінального закону.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Chuter D, *War Crimes: Confronting Atrocity in the Modern World* (2003) (in English).
2. Dörmann K, *Elements of War Crimes Under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary* (Cambridge University Press 2008) (in English).
3. Werle G, *Principles of International Criminal Law* (2nd edition, T.M.C. Asser Press 2009) (in English).

#### *Journal articles*

4. Dörmann K, ‘War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes’ (2003) 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 341–407 (in English).
5. Pylypenko V, ‘Skład wojennoho zlochynu za mizhnarodnym kryminalnym pravom’ (2017) 79 *Aktualni problemy derzhavy i prava* 110–6 (in Ukrainian).
6. Pylypenko V, ‘Voienni zlochyny yak seriozni porushennia Zhenevskykh konventsii 1949 roku v konteksti mizhnarodnoho kryminalnoho prava’ (2018) 6 *Naukovi zapysky Instytutu zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy* 81–93 (in Ukrainian).
7. Repetskyi V, Lysyk V, ‘Poniattia ta oznaky voiennykh zlochyniv’ (2009) 1 *Almanakh mizhnarodnoho prava* 120–5 (in Ukrainian).
8. Yemelianenko V, Orobets K, ‘Voienni zlochyny: poniattia, osoblyvosti ta spivvidnoshennia z viiskovymy kryminalnymy pravoporushenniamy za Kryminalnym kodeksom Ukrainy’ [2022] 11 *Naukovi innovatsii ta peredovi tekhnolohii* (Seriiia “Derzhavne upravlinnia”, Seriiia “Pravo”, Seriiia “Ekonomika”, Seriiia “Psykholohiia”, Seriiia “Pedahohika”) 123–36 (in Ukrainian).
9. Zubanskyi M, ‘Poniattia ta sklad wojennoho zlochynu v konteksti polozhen mizhnarodnoho kryminalnoho prava’ (2022) 58 *Aktualni problemy vdoskonalennia chynnoho zakonodavstva Ukrainy* 47–56 (in Ukrainian).

#### *Theses*

10. Kolotukha I, ‘Kryminalna vidpovidalnist fizychnykh osib za porushennia norm mizhnarodnoho humanitarnoho prava’ (avtorief dys kand yuryd nauk, 2010) 19 (in Ukrainian).

Websites

11. Anisimov H, 'Pid chas kvalifikatsii dii osoby yak porushennia zakoniv ta zvychaiv viiny vazhlyvym ye vstanovlennia kontekstualnoho aspektu' (*Verkhovnyi Sud*, 04.07.2022) <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1291154>> (accessed: 26.02.2023) (in Ukrainian).
12. Hnatovskyi M, Korotkyi T, 'Vyznachennia voiennykh zlochiniv u mizhnarodnomu kryminalnomu pravi' (*Iurydychna hazeta Online*, 18.04.2022) <<https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/vyznachennya-voennih-zlochiniv-u-mizhnarodnomu-kriminalnomu-pravi.html>> (accessed: 26.02.2023) (in Ukrainian).

Natalia Antoniuk  
Mykola Mazur

“OTHER VIOLATIONS OF THE LAWS AND CUSTOMS OF WAR”  
(PROBLEMS OF INTERPRETATION AND APPLICATION  
OF ARTICLE 438 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE)

ABSTRACT. The composition of the crime provided for in Art. 438 of the Criminal Code is formulated by the legislator by listing the forms of its commission. However, there is no doubt that this composition of the crime is a blanket norm. The difficulty of applying this article is due to the fact that the domestic law enforcer should refer to the provisions of international treaties ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine. In addition, it is necessary to clearly understand the scope of those international treaties that relate to the regulation of the specified issue.

The most debatable and requiring scientific analysis is the analysis of “other violations of the laws and customs of war” as one of the forms of the crime provided for in Art. 438 of the Criminal Code.

This article clearly identifies the range of international treaties that should be used by courts in the course of criminal legal assessment of the actions of those guilty under Art. 438 of the Criminal Code, attention was drawn to the concept of “serious violations of the laws and customs of war” and their legal meaning.

The article also argues for the possibility of Ukrainian courts to use the provisions of the Geneva Conventions, and precisely through their prism to refer to the provisions of the Rome Statute of the ICC and the practice of international military tribunals. After all, the Rome Statute of the ICC is the result of the development of international humanitarian law and the codification of international crimes, and this indicates the existence of a broad international consensus regarding the understanding of the concept, list and signs of war crimes (as well as other international crimes).

KEYWORDS: violation of laws and customs of war; predictability; crime.