

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

У цьому випуску журналу “Право України” ми зосередилися на вирішенні наскрізних питань, що стосуються кримінально-правової оцінки воєнних злочинів. Вирішення тих питань, які пронизують усі кримінальні провадження щодо воєнних злочинів, що вимагають вирішення у кожному такому провадженні, тоді, коли в Україні введено воєнний стан, є найбільш затребуваними.

Частина з цих питань знайдуть загальну підтримку у науковців і практиків та за замовчуванням навіть не будуть фігурувати у текстах процесуальних документів. Аналогічно як питання, які стосуються поняття загального суб'єкта кримінального правопорушення і які вочевидь аналізуються у кожному кримінальному провадженні, однак не відображаються у більшості обвинувальних актів та судових рішень. Так само за замовчуванням будуть осмислені у кожному провадженні про воєнні злочини питання про те, чи має певний суб'єкт злочину імунітет від притягнення до кримінальної відповідальності в Україні, питання щодо чинності міжнародних правових актів, питання щодо темпорального застосування положень кримінального закону про воєнні злочини.

Проте якщо котрась зі сторін кримінального провадження ставитиме під сумнів якість із означених питань, суд аналізуватиме його безпосередньо у судовому рішенні.

Інша група питань, відповіді на які пропонують вчені у цьому випуску журналу, стосуються тих питань, які теж виникають у всіх провадженнях щодо воєнних злочинів, проте потребують безпосереднього відображення у процесуальних документах по провадженню. Вони потребують доказування, аналізу, детального висвітлення під час розгляду кримінального провадження щодо воєнного злочину.

Ідеться про поняття контекстуального елемента, ознаки складів воєнних злочинів. Адже всім відомо, що поняття контекстуального елемента не міститься у вітчизняному кримінальному законі. Проте обов'язковість його існування не викликає сумніву з огляду на аналіз положень як міжнародного гуманітарного права, так і міжнародного кримінального права. Так само надзвичайно актуальними є наукові пропозиції щодо ознак найпоширеніших складів злочинів “Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни” та “Порушення законів та звичаїв війни”.

На жаль, маємо визнати, що вже майже десять років триває російська агресія проти України і ці склади злочинів, які ніколи не вчинювалися у нашій державі, увійшли у категорію найбільш поширених через зухвалі і жорстокі дії збройних угруповань агресора на нашій землі.

Ні Кримінальний кодекс України (далі – КК України), ні Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) не закріплюють ні дефініцію, ні перелік злочинів (кримінальних правопорушень), які мали б назву саме “воєнні злочини” (Ірина Гловюк “Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді”).

Водночас усі правники визнають, що воєнними злочинами є злочини, передбачені статтями 437 та 438 КК України. У дискусію щодо віднесення до воєнних злочинів інших складів кримінально караних діянь науковці у цьому випуску не вступали і у цьому контексті дослідження не проводили. Адже нагальним є формування конкретних рекомендацій і підходів до кримінально правової оцінки саме наведених складів злочинів. Увага була приділена ключовим питанням, які стосуються ознак складів злочинів, передбачених ст. 437 КК України “Планування, підготовка, розв’язування та ведення агресивної війни” та ст. 438 КК України “Порушення законів та звичаїв війни”.

Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів має як мінімум три складові для аналізу: матеріально-правову, міжнародну та національну (Ірина Гловюк “Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді”). В аспекті аналізу матеріального кримінального права на перший план під час кваліфікації діяння як воєнного злочину виходить контекстуальний елемент.

Про контекстуальний елемент

У випадку вчинення воєнного злочину, передбаченого у розділі ХХ КК України, потрібно обов’язково встановлювати та прописувати у процесуальних документах наявність контекстуального елемента. Саме контекстуальний елемент дає змогу відрізнити воєнні злочини від так званих загальнокримінальних злочинів (Наталія Антонюк “Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення”).

Слово “контекст” включається у термінологічний зворот “контекстуальні обставини”, оскільки саме вони формують умови для віднесення вчиненого злочину до категорії воєнних як одного з видів міжнародних злочинів (Зоя Загиней-Заболотенко, Олександр Гладун “Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням контекстуальних обставин”).

Контекстуальний елемент фактично вплітається в інші елементи складу кримінального правопорушення (Наталія Антонюк “Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення”).

Контекстуальні обставини міжнародних злочинів виконують дві основні функції: вони допомагають встановити відмінності між конкретними видами міжнародних злочинів (наприклад, між злочинами проти людяності та воєнними злочинами); вони є розмежувальними для воєн-

них і “загальнокримінальних” злочинів (Зоя Загиней-Заболотенко, Олександр Гладун “Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням контекстуальних обставин”).

Контекстуальними елементами воєнних злочинів, які застосовні до міжнародного збройного конфлікту, є те, що, по-перше, поведінка виконавця мала місце в контексті та була пов’язана з міжнародним збройним конфліктом, а по-друге, виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту (Наталія Антонюк “Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення”). Часто у процесуальних документах описують контекстуальний елемент через посилення на набуття чинності Статутом Організації Об’єднаних Націй створенням цієї організації, входженням до складу ООН УРСР і т. д.

Однак такий екскурс є абсолютно непотрібним. Адже ніхто у цивілізованому світі не сумнівається у тому, що Україна є самостійною державою і що її кордони чітко визначені. Тож той факт, що Україна є самостійною державою є загальновідомим.

Загальновідомим фактом є й факт ведення агресивної війни Російської Федерації (далі – ООН) проти України. Існування чи відсутність міжнародного збройного конфлікту залежать не від назви, якою позначають цей конфлікт держави-учасниці, а від суті конфлікту, яка передусім полягає у використанні хоча б однією із держав збройних сил (Наталія Антонюк “Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення”).

Стаття 437 КК України

“Планування, підготовка, розв’язування та ведення агресивної війни”

Одним із воєнних злочинів є злочин, передбачений ст. 437 КК України “Планування, підготовка, розв’язування та ведення агресивної війни”. На відміну від інших міжнародних злочинів злочин агресії має чіткий причинно-наслідковий зв’язок із порушенням імперативної норми міжнародного права, що забороняє погрозу силою чи застосування сили.

Агресивні воєнні дії – це воєнні дії, що здійснюються у рамках ведення агресивної війни. Тобто для застосування положення про злочин ведення агресивних воєнних дій, як і у випадку ведення агресивної війни, преюдиціальне значення має визнання того, що застосування збройної сили є агресією для цілей міжнародного права (Олександр Водяніков “Злочин проти миру в міжнародному праві і в кримінальному праві України”).

Для кваліфікації наявності “агресивної війни” преюдиціальне значення мають рішення Ради Безпеки ООН, або резолюція Генеральної Асамблеї ООН, або рішення Міжнародного кримінального суду чи Міжнарод-

ного суду ООН, або рішення Президента України (за відсутності перших трьох).

Криміналізація агресивних воєнних дій йде дещо далі, ніж було передбачено в статутах міжнародних воєнних трибуналів, але вирішує проблему відповідальності керівного складу збройних сил, що задіяні у веденні агресивної війни.

Для притягнення до відповідальності за злочин агресивної війни обіймання високої посади є недостатнім, проте й відсутність такої посади в особи не звільняє її від відповідальності.

Наприклад, розуміння воєнних дій має значення для визначення суб'єктного складу цього злочину, адже лише особи, які обіймають посади не нижче оперативного рівня у збройних силах агресора або фактично виконують функції оперативного управління у збройних формуваннях, що беруть участь у військових діях, можуть бути суб'єктами цього злочину. Адже формулювання “ведення ... воєнних дій” передбачає певну функціональну автономію як у постановці завдань, так і у прийнятті рішень для вирішення бойових (спеціальних) завдань (Олександр Водяніков “Злочин проти миру в міжнародному праві і в кримінальному праві України”). Питання про суб'єкта злочину, передбаченого ст. 437 КК України, повинно найближчим часом стати предметом вирішення в одному з кримінальних проваджень, які розглядаються Верховним Судом. Тож національна доктрина кримінального права отримає відповідь на одне з дискусійних питань, яке стало особливо важливим і нагальним у зв'язку з агресивною війною проти України.

*Стаття 438 “Порушення законів та звичаїв війни”.
Про поняття міжнародного правового договору,
про який вказано у ст. 438 КК України*

Недостатньо вивченим залишається питання змісту поняття міжнародного договору у ст. 438 КК України – чи йдеться у цій статті виключно про чинний договір і з якого моменту він вважається чинним для України та що означають слова “згода на обов'язковість надана Верховною Радою України”.

Відповідно до ст. 9 Конституції України частиною національного законодавства України є лише чинні міжнародні договори, а у ч. 5 ст. 3 КК України вказано, що закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться у чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Тому і у ст. 438 КК України йдеться про чинний договір.

Час набрання чинності міжнародним договором для України є специфічним моментом, з'ясувати який треба насамперед у положеннях самого договору (а не виходячи з дати набрання чинності законом про

ратифікацію чи приєднання або з правила ч. 5 ст. 94 Конституції України, згідно з яким закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом) (Микола Хавронюк “Міжнародні договори в розумінні ст. 438 Кримінального кодексу України”).

Про імунітети комбатантів

Більшість дослідників схилиються до того, що комбатанти ворожої армії мають імунітет, допоки не вчинюватимуть воєнні злочини.

Абсолютно інший підхід пропонує В. Навроцький. Учений вважає, що міжнародно-правові конвенції про закони і звичаї війни та статус військовополонених (те, що зараз прийнято називати міжнародним гуманітарним правом) не передбачають звільнення учасників бойових дій від кримінальної відповідальності.

Україна не брала на себе зобов'язань забезпечити безкарність іноземних агресорів. В актах міжнародного гуманітарного права відповідних положень немає. Україна при ратифікації відповідних актів не “підписувалася” на те, що військовослужбовцям іноземної держави буде обіцяна безкарність, а джерелом права в Україні є лише підписані нею та ратифіковані нею ж міжнародні договори (Вячеслав Навроцький “Про так званий ‘ІМУНІТЕТ КОМБАТАНТА’”).

Про форми порушення законів та звичаїв війни

У статті 438 КК України передбачено такі форми об'єктивної сторони як:

- 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”;
- 6) “інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України”.

Останнє формулювання дає змогу кваліфікувати за цією статтею доволі широкий перелік воєнних злочинів, відомий сучасному міжнародному праву, але, з іншого боку, створює певну невизначеність у її тлумаченні та застосуванні (Наталія Антонюк, Микола Мазур “Інші порушення законів та звичаїв війни” (ПРОБЛЕМИ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ ст. 438 Кримінального кодексу України”).

Це вимагає звернення до широкої сфери норм міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права. Крім того, є невизначеність тлумачення “застосування засобів ведення війни, заборонених

міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами” (Ірина Гловюк “Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді”).

Коли йдеться про засудження за воєнні чи інші міжнародні злочини, лише посилання на міжнародне право чи на положення конкретного міжнародного договору може бути недостатньо для дотримання вимог передбачуваності згідно зі ст. 7 Європейської конвенції з прав людини.

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.

Проте відсутність у ст. 438 КК України вичерпного переліку воєнних злочинів, як і чіткого визначення їх ознак, саме собою не порушує положення ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, 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.

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 (Наталія Антонюк, Микола Мазур “Інші порушення законів та звичаїв війни” (проблеми тлумачення та застосування ст. 438 Кримінального кодексу України)). 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 через тлумачення. 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 тлумачення, включаючи інші (нератифіковані Україною) міжнародні договори, міжнародне звичаєве право, практику міжнародних трибуналів, авторитетні наукові дослідження тощо (Наталія Антонюк, Микола Мазур “Інші порушення законів та звичаїв війни” (проблеми тлумачення та застосування ст. 438 Кримінального кодексу України)). 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.

Однак це не означає, що українські суди взагалі не мають права посилалися на цей Статут у своїх рішеннях. Адже Римський статут Міжнародного кримінального суду став результатом тривалого розвитку міжнародного гуманітарного права та кодифікації міжнародних злочинів, зокрема й воєнних.

Щодо розслідування воєнних злочинів

Особливості розслідування воєнних злочинів на національному рівні такі: складнощі кваліфікації через бланкетність ст. 438 КК України; відображення контекстуальних елементів у процесуальних документах; особливий предмет доказування через наявність контекстуальних елементів; потреба дотримання державної таємниці; ускладненість документування через безпекові фактори; спеціалізація підрозділів, які здійснюють розслідування воєнних злочинів; урахування найкращих практик міжнародних протоколів (протокол Берклі, кодекс Мурад, Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, Стамбульський протокол тощо); велика кількість недержавних суб’єктів, які здійснюють документування, і потреба забезпечення допустимості зібраних даних у кримінальних провадженнях; суб’єкти, з якими здійснюється взаємодія при розслідуванні воєнних злочинів; широке використання *OSINT*; цифровізація збирання фактичних даних та збереження доказів; участь у кримінальних провадженнях військовополонених; різнотлумачення оцінних категорій, передбачених ст. 615 КПК України, для відступу від загального порядку кримінального провадження (Ірина Гловюк “Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді”).

Національна складова розслідування воєнних злочинів пов’язана зі значними організаційними та безпековими викликами, що спричиняє, з одного боку, динаміку законодавства, яке не завжди є досконалим, з другого – урахування позитивних міжнародних практик розслідування (зокрема, за наявними міжнародними протоколами), що не завжди потребує змін та доповнень до законодавства, а лише зміни правозастосовної практики (Ірина Гловюк “Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді”).

Розгляд національними судами проваджень про воєнні злочини поставить перед теоретиками ще не одне гостре і нагальне запитання. Проте базові дискусійні аспекти, зокрема щодо поняття контекстуального елементу, форм таких воєнних злочинів, які передбачені ст. 437 КК Украї-

ни “Планування, підготовка, розв’язування та ведення агресивної війни” та ст. 438 КК України “Порушення законів та звичаїв війни”, щодо змісту певних термінів, які фігурують у диспозиціях цих статей кримінального закону, були детально досліджені авторами у цьому випуску журналу.

Війна триває. Кожен із нас очікує перемоги України над ворогом. Однак всі українці, а передусім військові, очікують справедливого покарання для тих, хто розпочав це кровопролиття і вчинив тисячі воєнних злочинів на нашій мирній землі.

Варто пам’ятати, що відсутність покарання – заохочення до безкарності. А безкарність за такі зухвалі й жорстокі дії з метою знищення України й українців допускати неприпустимо.

*За редакцією
координаторки актуальної теми
“Воєнні злочини: погляд крізь призму національного
кримінального права”,
кандидатки юридичних наук, доцентки, судді Верховного Суду,
секретаря Першої судової палати Касаційного кримінального суду
у складі Верховного Суду
НАТАЛІЇ АНТОНЮК*