

Проте вищезазначений Закон до цього часу так і не був підписаний Президентом України. Але доки Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» не буде підписаний Президентом і до КК не буде включена спеціальна норма, яка б встановлювала відповідальність за воєнні злочини проти культурних цінностей, такі дії слід розцінювати як порушення законів та звичаїв війни і кваліфікувати за ст. 438 КК України.

Список використаних джерел

1. Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту: Конвенція від 14 травня 1954 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_157#Text.

2. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права № 1461-IX, прийнятий Верховною Радою України 20 травня 2021 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804.

Бондаренко Марина Сергіївна,
суддя Дарницького районного суду
м. Києва, кандидат юридичних наук

КОНТЕКСТУАЛЬНІ ТА СПЕЦІАЛЬНІ ЕЛЕМЕНТИ В СКЛАДІ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

Питання у притягненні винних у вчиненні воєнних злочинів до кримінальної відповідальності на десятому місяці від початку повномасштабної агресії лишається актуальним, водночас дискусійними є й питання кримінально-правової кваліфікації дій при застосуванні положень ст. 438 КК.

Так, станом на 15 листопада 2022 року за період повномасштабного вторгнення рф Офісом Генерального прокурора задокументовано 65 770 злочинів, з них лівова частина припадає на злочини агресії та воєнні злочини, що складає 46 888 проваджень. Водночас з цієї кількості у 46 888 проваджень, 45 289 зареєстровано за ст. 438 КК як порушення законів та звичаїв війни. При цьому за такої кількості злочинів, що розслідуються і надалі будуть направлені до суду з обвинувальними актами, надважливим є вироблення єдиних підходів щодо елементів складу цього злочину, за який встановлена кримінальна відповідальність у національному кримінальному законі, у згаданій ст. 438, та враховуючи, що вказаний злочин є видом міжнародного злочину з відмінним розумінням у міжнародному кримінальному праві (далі – МКП) щодо ознак цього злочину.

Для того, щоб особа була визнана у вчиненні міжнародного (а не звичайного) злочину, необхідно встановити певні елементи таких діянь. У цьому зв'язку слід розрізняти: 1) *матеріальний/об'єктивний і ментальний/суб'єктивний елементи* конкретного злочину; 2) *контекстуальні елементи* – це матеріальні чи ментальні елементи, які мають обов'язково бути встановлені для кваліфікації діяння як міжнародного (а не ординарного) злочину, та *спеціальні елементи* – притаманні конкретним видам злочинів [7].

При цьому є очевидним, що названі матеріальний (об'єктивний) та ментальний (суб'єктивний) елементи відповідають визначенню складу злочину у доктрині кримінального права та у разі наявної їх сукупності конкретне суспільно небезпечне діяння можна визначити як злочинне. За допомогою контекстуального елемента міжнародний злочин відрізняють від ординарного та за допомогою цього ж елемента міжнародні злочини розрізняють між собою.

У МКП є особливе ставлення до воєнних злочинів з точки зору доведення винуватості особи, яке завжди пов'язане із встановленням контекстуального аспекту, тому за відсутності такого контекстуального елемента не кожне згвалтування, вбивство чи інший злочин має бути кваліфіковано за ст. 438 КК. У такій ситуації не виключається притягнення особи до відповідальності за загальнокримінальними злочинами [1].

Отже, для притягнення винного до кримінальної відповідальності за вчинення воєнного злочину національний суд має виходити за межі того розуміння складу злочину й тих складових елементів, що панує у вітчизняній доктрині й є загальнозастосовуваною до звичайних кримінальних правопорушень.

Пропонується законодавчо закріпити визначення поняття «склад злочину» у проєкті нового КК із елементами складу: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона (ст.ст. 2.1.1–2.1.4) [8].

При цьому слід зауважити, що суб'єктивна сторона воєнного злочину характеризується двома ознаками, такими як навмисність і свідомість, що у вітчизняній доктрині кримінального права відповідає визначенню прямого умислу. Необережна вина у вчиненні воєнних злочинів за МКП – явище юридично неможливе, оскільки суб'єктивна сторона («свідоме» і «навмисне» заподіяння шкоди) виключає необережність і у вигляді недбалості, і у вигляді легковажності [4, с. 114].

Контекстуальний елемент воєнного злочину передбачає 1) наявність збройного конфлікту (далі – ЗК) міжнародного чи не міжнародного характеру; 2) усвідомлення його існування суб'єктом злочину; 3) зв'язок діяння та ЗК, який можливо доводити через виконання чи сприяння виконанню цілей певного збройного формування, спрямованість проти захищених об'єктів, осіб, які не приймають участь в конфлікті тощо. Як пояснюється у рішенні по справі № ІТ-96-23 та ІТ-96-23 / 1-А від 12.06.2002 Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, здійснені на території колишньої Югославії з 1991 року, «конфлікт повинен, як мінімум, зіграти істотну роль у здатності обвинуваченого вчинити злочин, у прийнятті рішення про його вчинення, у способі, яким воно було вчинено, або меті, для якої злочин було вчинено» [9, с. 155].

Ймовірно це знайшло відображення у п. 10 ст. 11.4.1 «Роз'яснення термінів» розділу 11.4 «Воєнні злочини» проєкту нового КК, яким пропонується визначення поняття злочину, вчиненого у зв'язку зі ЗК, – як злочину, вчиненого за обставин, коли існування ЗК значним чином впливало на здатність особи вчинити інкриміноване їй діяння, на її рішення вчинити це діяння, на спосіб, у який діяння було вчинене, або на мету, з якою воно було вчинено [8].

Водночас відповідно до ч. 1 ст. 8 «Воєнні злочини» РС МКС вбачається, що Суд має юрисдикцію стосовно *воєнних злочинів*, зокрема у випадках, коли їх вчинено в рамках плану чи політики або в рамках широкомасштабного вчинення таких злочинів.

Виділяють шість форм виявлення ознак злочину, передбаченого ст. 438 КК. Іноді виокремлюють сім форм, розмежовуючи жорстоке поводження з військовополоненими та жорстоке поводження з цивільним населенням [1]. Однак, за такої конструкції ст. 438 КК, зокрема й дуже узагальненого «інші порушення законів та звичаїв війни», кількість складів воєнних злочинів, за вчинення яких можна застосувати положення цієї статті, численна.

У згаданій ст. 8 «Воєнні злочини» РС МКС наведено загалом 50 умисних діянь, що можна умовно розділити за трьома групами як: 1) грубі порушення чотирьох Женевських конвенцій від 12.08.1949 (далі – ЖК 1949 р.); 2) інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у міжнародних ЗК та ЗК неміжнародного характеру; 3) грубі порушення спільної статті 3 чотирьох ЖК 1949 р. Відповідно до ст. 9 РС МКС Елементи злочинів допомагають Суду у тлумаченні й застосуванні, у тому числі й цієї статті 8 РС МКС.

Щодо цього документа «Елементи злочинів», то стаття 8-ма якого містить 74 склади воєнних злочинів, для кожного з якого передбачені елементи, що налічують по-різному – від 3 до 7. До прикладу воєнний злочин, вказаний у ст. 8(2)(a)(iv) Елементів (воєнний злочин у вигляді знищення або привласнення майна) містить 7 обов'язкових елементів: 1. виконавець знищив або привласнив відповідне майно; 2. знищення або привласнення не були виправдані військовою необхідністю; 3. знищення або привласнення були широкомасштабними та здійснювались довільно; 4. таке майно знаходилось під захистом однієї або декількох ЖК 1949 р.; 5. виконавець усвідомлював фактичні обставини, які свідчили про цей захищений статус; 6. діяння мало місце у контексті міжнародного ЗК та було пов'язано з ним; 7. виконавець усвідомлював фактичні обставини, які свідчили про наявність ЗК [3].

Водночас для доведення вчинення воєнного злочину, передбаченого ст. 8(2)(b)(viii) Елементів, достатньо встановити 3 елемента: 1. виконавець а) перемістив, прямо чи опосередковано, частину свого власного населення на територію, яка ним окупована; або б) депортував або перемістив населення окупованої території або окремі його частини у межах або за межі цієї території; 2. діяння мало місце у контексті міжнародного ЗК та було пов'язано з ним; 3. виконавець усвідомлював фактичні обставини, які свідчили про наявність ЗК [3].

Наведені положення щодо контекстуального елемента пов'язані й з предметом доказування по воєнним злочинам, через що є абсолютно слушною позиція Гловюк І.В. та Тетерятник Г.К. щодо його двоелементності: 1) перший елемент є загальним і включає у себе обставини, передбачені ст. 91 КПК, проміжні та допоміжні факти, залежно від процесуальної ситуації та специфіки кримінального провадження; 2) другий елемент є контекстуальним (спеціальним), який зумовлює специфіку складу злочину по усіх його складових (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона). Ці

елементи мають прямий та зворотній взаємозв'язок, зважаючи на залежність ідентифікації контекстуальних елементів від загальних обставин вчиненого діяння та специфіку оцінки об'єктивної сторони в умовах ЗК [2, с. 396].

У цій доповіді міститься посилання на РС МКС та Елементи злочинів замість положень ЖК 1949 р., що лишається дискусійним, водночас як і можливість обґрунтовувати вирок національного суду посиланням на міжнародні нормативно-правові акти, що не є частиною національного законодавства через не проведення їх ратифікації. Однак зважаючи на бланкетність диспозиції ст. 438 КК уникнути цього також є навряд можливим.

Підсумовуючи, хотілось би зауважити, що саме синергія національного й міжнародного права у вироках судів України – це шлях розвитку права й вдосконалення механізму притягнення воєнних злочинців до відповідальності на різних рівнях.

Список використаних джерел

1. Анісімов Г. М. Під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни важливим є встановлення контекстуального аспекту. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pokazniki-diyalnosti/navch_suddiv_praciv_aparativ_2021/1291164/.

2. Гловюк І.В. Контекстуальні елементи у провадженнях щодо воєнних злочинів: предмет доказування *sui generis* / Гловюк І.В., Тетерятник Г.К. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. № 6. С. 394–398.

3. Елементи злочинів (Elements of Crimes International Criminal Court). URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>.

4. Пилипенко В.П. Склад воєнного злочину за міжнародним кримінальним правом. *Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.* / редкол.: В.В. Завальнюк (голов. ред.) [та ін.]. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. Вип. 79. С. 110–116.

5. Репецький В.М., В.М. Лисик. Поняття та ознаки воєнних злочинів. Альманах міжнародного права. 2009. Вип. 1. С. 120–125.

6. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17.07.1998 (офіційний переклад). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text.

7. Сенаторова О.В. Загратувати воєнного злочинця. URL: <https://helsinki.org.ua/articles>.

8. Текст проєкту нового Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 29.09.2022). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>.

9. Червякова О.В. Відповідальність за воєнні злочини: механізми та процеси відновлення суверенітету та безпеки України. *Forum Prava*, 2020. 61(2). С. 150–162.