

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

ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ІНОЗЕМНИХ ВОЄННИХ КОМАНДИРІВ У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ

В Україні станом на двадцятий місяць повномасштабного вторгнення РФ (станом на 14.11.2023) зареєстровано 112 904 злочинів щодо панування, підготовки, розв'язування та ведення агресивної війни, пропаганди війни та воєнних злочинів, з них 109 618 – це порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України) [1].

З урахуванням такої значної кількості воєнних злочинів, за якими триває досудове розслідування, питання притягнення винних осіб до відповідальності, належної кримінально-правової кваліфікації їх дій, є актуальним.

Дискусійним серед науковців є наразі й питання чи передбачає закон України про кримінальну відповідальність положення, які б дозволяли притягати до відповідальності не лише безпосередніх виконавців цих воєнних злочинів, у разі їх спільного вчинення співвиконавцями, за сприяння та пособництва, при віданні наказу, але й положення щодо відповідальності вищого рівня, тобто відповідальності командирів (начальників) за воєнні делікти, вчинені їх підлеглими, та їх запобігання.

У зв'язку з чим слід звернутись до положень міжнародно-правових актів, що регулюють ці відносини та є частиною національного законодавства, й зокрема до диспозиції ст. 438 КК України.

Відтак у міжнародних збройних конфліктах (далі – МЗК) не кожне порушення міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) кваліфікується як воєнний злочин. Воєнні злочини, як правило, є серйозними порушеннями Женевських конвенцій I – IV від 12.08.1949 (далі – ЖК I–IV) або іншими серйозними порушеннями МГП. У положеннях статей 49 ЖК I, 50 ЖК II, 129 ЖК III, 146 ЖК IV вбачаються заклики до держав – Договірних Сторін, переслідувати порушників цих Конвенцій, у свою чергу статті 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV містять перелік дій, які слід розглядати як серйозні порушення відповідних угод. ЖК IV, що регулює питання захисту цивільних осіб, наразі є більш застосовною до поточної ситуації [2, с. 25]. Так, за положеннями ст. 146 ЖК IV Україна взяла на себе зобов'язання надати чинності будь-якому закону, необхідному для надання дієвих карних санкцій для осіб, які вчиняють, або наказують

іншим учинити будь-яке серйозне порушення цієї Конвенції. Водночас з положень ч. 2 цієї статті вбачаються зобов'язання для України, як сторони цієї угоди, розшукати осіб, яких обвинувачено у вчиненні або в наказі вчинити такі серйозні порушення, і представити таких осіб, незалежно від їхнього громадянства, перед своїми судами [3].

Втім, щодо міжнародних зобов'язань України, це не лише зобов'язання щодо розшуку та представлення перед судом тих, хто вчинив, або тих, хто віддав наказ іншим вчинити воєнні злочини. Як вчинення воєнного злочину, так і віддання наказу на його вчинення, відноситься до прямої відповідальності, але не відноситься до командної відповідальності або відповідальності вищого рівня, яка у свою чергу поділяється на командну відповідальність воєнних командирів та цивільну відповідальність керівництва.

Відповідальність вищого рівня передбачена й положеннями Римського статуту Міжнародного кримінального суду (далі – РС МКС). Так, за положеннями статей 1, 5 РС МКС, яким є постійним органом, та має повноваження здійснювати юрисдикцію стосовно осіб за найбільш тяжкі злочини, що викликають занепокоєння міжнародного співтовариства, а саме стосовно злочинів: злочину геноциду, злочину проти людяності, воєнних злочинів та злочину агресії. У статті 28 цього ж статуту передбачено, що на додаток до інших підстав кримінальної відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, передбачена кримінальна відповідальність для а) військових командирів або осіб, які фактично діють як військові командири, за злочини вчинені силами, які перебувають під фактичним командуванням і контролем, а також неналежний контроль за цими силами; б) а також начальник стосовно відносин начальник-підлеглий за злочини вчинені підлеглими, які перебувають під фактичною владою і контролем, й неналежний контроль за ними [4].

Разом з тим, незважаючи на те, що положення ст. 28 РС МКС більш деталізують відповідальність вищого керівництва, однак статут не є частиною національного законодавства, оскільки залишається підписаним, але не ратифікованим. Водночас статут є неофіційною та неповною кодифікацією, зокрема, і воєнних злочинів, що в окремих випадках зумовлює звертатись до положень відповідних конвенцій та інших міжнародно-правових актів, тому постає питання у доцільності майже дослівного відтворення положень цієї ст. 28 РС МКС у положеннях проекту Кримінального кодексу України, а саме ст. 11.4.6 [5].

Водночас цінним з погляду компаративістського аналізу може бути дослідження законодавства окремих зарубіжних держав – Республіки Австрія, Князівство Андорра, Грузія, Республіка Болгарія, Боснія і Герцеговина, Канада, ФРН, Республіка Польща, Словачка

Республіка, Республіка Словенія, Французька Республіка, Республіка Хорватія, за кримінальними кодексами яких у розділах щодо міжнародних злочинів передбачені окремі норми щодо відповідальності вищого керівництва [6, С. 304–317].

Отже, національний правозастосувач має послуговуватися положеннями Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 08.06.1977 (далі – ДП I), зокрема статтями 86, 87, якими передбачені підстави, у тому числі, кримінальної відповідальності, для воєнних командирів та начальників, що відносять до відповідальності командування у сучасному розумінні.

Вказаний ДП I підписаний Україною 12.12.1977, ратифікований із заявою Указом Президії Верховної Ради УРСР від 18.08.1989 та набув чинності для України 25.07.1990. Згідно з положеннями статті 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана ВР України, є частиною національного законодавства України. У розділі XV «Перехідні положення» Конституції України, а саме у статті 1 зазначено, що закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними у частині, що не суперечить Конституції України. Статтями 6, 7 Закону України «Про правонаступництво України» передбачено, що Україна підтверджує свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України. Україна є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки.

Отже, ДП I від 08.06.1977 безумовно є частиною національного законодавства, застосовним до МЗК на території України, що триває.

При цьому слід зауважити, що індивідуальна кримінальна відповідальність за вчинені воєнні злочини у міжнародному праві може мати наступні форми: 1) безпосереднє вчинення правопорушення; 2) спільне вчинення правопорушення; 3) опосередковане вчинення правопорушення; 4) наказування вчинити злочин, підбурювання або спонукання до вчинення злочину; 5) сприяння та пособництво або інші види допомоги; 6) спільна злочинна діяльність; 7) відповідальність командування та керівництва [7].

Отже, кримінальна відповідальність командування та керівництва є однією з форм індивідуальної кримінальної відповідальності, що не суперечить доктринальним засадам національного кримінального права. Однак, дослідження й вирішення неоднозначного для науки питання притягнення до кримінальної відповідальності юридичних осіб [8] має продовжуватися, з огляду на застосовність цього інституту при доведенні злочину агресії.

Так, відповідно до положень ч. 2 ст. 86 ДП I начальник підлягає,

у тому числі кримінальній відповідальності, у разі, якщо він *знав*, що має у своєму *розпорядженні інформацію*, яка мала б надати йому можливість дійти висновку *в обстановці, що існувала на той час*, що підлегла особа *вчиняє* або *має намір вчинити* *воєнний злочин*, і якщо він *не вжив* всіх практично можливих заходів у *межах своїх повноважень для відвернення або перепинення* цього злочину [9].

З наведених положень вбачається позитивний матеріальний обов'язок командира вживати заходів до відвернення або припинення вчинення воєнних злочинів його підлеглими, тому командир так би мовити не розділяє відповідальність із своїми підлеглими за конкретний воєнний злочин, а несе власну відповідальність за невиконання обов'язків щодо нагляду за своїми підлеглими.

У зв'язку з чим видаються помилковими існуючі пропозиції визначати кримінально-правову кваліфікацію дій воєнного командира через застосування положень ст.ст. 27–30 КК України, оскільки у цьому випадку не має місце концепція співучасті/змови. При цьому підставою кримінальної відповідальності буде не обставини віддання наказу на вчинення воєнних злочинів, а саме певний рівень обізнаності воєнних командирів та начальників щодо дій підлеглих осіб, які вчинили або мали намір вчинити воєнні злочини, та обов'язок вжиття превентивних заходів й подальше притягнення винних до відповідальності.

У продовження щодо позитивних зобов'язань, то за ч. 3 ст. 87 ДП І передбачені процесуальні обов'язки, зокрема, вимагати від *кожного командира*, який знає про те, що його підлеглі чи інші особи, що перебувають під його контролем, *мають намір вчинити або вчинили* порушення Конвенцій або цього Протоколу, вжиття необхідних заходів щодо *запобігання* подібним порушенням Конвенцій або цього Протоколу і, за потреби, щодо *порушення дисциплінарного чи кримінального переслідування* проти тих, хто вчинив такі порушення [9].

Втім, цей процесуальний аспект навряд може розглядатися в межах національного виміру України і може бути питанням наднаціонального рівня, зокрема з'ясування чи вживало іноземне воєнне командування попереджувальних заходів щодо своїх підлеглих чи порушували стосовно них дисциплінарні чи кримінальні справи тощо.

Отже, застосовними є положення ч. 2 ст. 86 ДП І щодо відповідальності іноземних командирів.

Так, А. А. Вознюк, погоджуючись із позицією К. П. Задоя, що вказані положення ДП І охоплюють відповідальність командирів (начальників), обґрунтував її тим, що бездіяльність, про яку йдеться у ст. 86 ДП І, з одного боку, є порушенням законів і звичаїв війни, а з другого – безпосередньо стосується серйозних порушень МГП,

вчинених підлеглими командирів (начальників), з чим погоджуємось [6, С. 82–83].

Принцип відповідальності вищого керівництва закріплений у міжнародному звичаєвому праві, тому ознаки елементів цієї відповідальності більше розкриті у звичаєвому праві, зокрема у нормі 153 «Відповідальність командира за невжиття заходів для запобігання воєнним злочинам, їх припинення та інформування про їх вчинення» [10]. Норми звичаєвого права у випадку ст. 438 КК України не є джерелом, до якого може відсилати ця норма з бланкетною диспозицією, але ця звичаєва норма не суперечить положенням договірної, тому може слугувати орієнтиром у її тлумаченні, зокрема, як і практика її застосування трибуналами після Другої світової війни (United States, Supreme Court, *Yamashita case*), сучасними трибуналами (Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії: *Delalić case*, *Blaškić case*, *Celebici case*, *Karadžić and Mladić case*; Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди: *Musema case*, *Kayishema and Ruzindana case*) та практикою Міжнародного кримінального суду (*Bemba case*) та ін.

Доктрина відповідальності вищого керівництва складається з трьох елементів:

1) щодо воєнних командирів – існування відносин між обвинуваченим та підлеглим, які мають відповідати критерію підпорядкування. Щодо цього елементу важливим є також встановлення та доведення наявного ефективного контролю над підлеглими, та інший менш низький рівень контролю або впливу є недостатнім для притягнення до відповідальності. При цьому сама по собі організаційна структура або де-юре підпорядкування не є визначальними, на відміну від реальних повноважень контролю. Щодо цивільних начальників питання доведення відносин «начальник – підлеглий» є більш ускладненою;

2) елемент *mens rea* – знав, що має у своєму розпорядженні інформацію, яка мала б надати йому можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що підлегла особа вчиняє або має намір вчинити воєнний злочин. Практика трибуналів йде тим шляхом, що відповідальність командира може настати й за тих обставин, коли він не лише точно знав про злочини, але й мав «конструктивні» знання щодо цього, отже міг цей злочин вчинити й з недбалості, а не лише умислу. Для невійськових начальників цей елемент має вигляд як «міг знати», що є більш суворим критерієм для притягнення до відповідальності;

3) елемент *actus reus* – не вжив всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або перепинення цього злочину. Це мають бути оперативні та першочергові заходи від командира. Водночас цей елемент пов'язаний із першим, оскільки

відвернути та перепинити можна лише за ефективного контролю. За практикою трибуналів також вбачається, що подальше покарання підлеглих не виправдовує командира за невиконання саме цього обов'язку.

Підсумовуючи щодо положень закону України про кримінальну відповідальність, в якому відсутня окрема норма щодо відповідальності вищого керівництва, втім за диспозицією ч. 1 ст. 438 КК України законодавець кримінально-караними визначив шість форм діяння, зокрема, таку як «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР України».

Отже, серед наведених форм злочинів за частиною першою цієї статті питання відповідальності вищого рівня може бути віднесено до «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР України», із посиланням на проаналізовані положення ст. 86 ДП І.

Список використаних джерел

1. Злочини вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ. Офіс Генерального прокурора (станом на 14.11.2023). URL: <https://www.gp.gov.ua/>.

2. Міжнародне гуманітарне право. Відповідаємо на ваші запитання. Міжнародний Комітет Червоного Хреста. 2020 рік, серпень. URL: https://blogs.icrc.org/ua/wp-content/uploads/sites/98/2021/12/IHL_Answers_to_your_questions_Ukr_w eb.pdf.

3. Конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 року (ЖК IV). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

4. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17.07.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text.

5. Контрольний текст проєкту КК України (станом на 14.10.2023). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/10/15/kontrolnyj-tekst-proyektu-kk-14-10-2023.pdf>.

6. Кваліфікація та розслідування порушення законів і звичаїв війни: наук.-практ. посіб. / А.А. Вознюк, І.В. Жук, О.В. Таран, С.С. Чернявський та ін.; за заг. ред. М.С. Цуцкїрїдзе, В.В. Чернея, А.А. Вознюка. К.: Норма права, 2023. 320 с.

7. Навчальний посібник для суддів. Матеріальне право та процесуальне право щодо тяжких міжнародних злочинів. Програма «Розвиток судових компетентностей в Україні». Advocates for International Development, 21-23.02.2023.

8. Бондаренко М.С. Юридичні особи як суб'єкти кримінальної відповідальності за незаконні дії з отруйними чи сильнодіючими

речовинами. Актуальні проблеми кримінального права: матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П.П. Михайленка (Київ, 18 листоп. 2021 р.) / [редкол.: В.В. Черней, С.Д. Гусарев, С.С. Чернявський та ін.]. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2021. С. 33–36.

9. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 08.06.1977. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199/conv.

10. Норма 153. База даних з міжнародного гуманітарного права МКЧХ. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/ru/customary-ihl/v1/rule153>.

Боровик Андрій Володимирович,
віцепрезидент з наукової роботи Науково-
дослідного інституту публічного права,
кандидат юридичних наук, доцент

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПЕРЕШКОДЖАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПРЕДСТАВНИКІВ ВЛАДИ

Перешкодження діяльності представників влади криміналізовано зокрема у ст. 351, 351-1, 351-2 КК України.

Виходячи зі змісту диспозиції вказаних статей під перешкодженням слід розуміти: 1) невиконання законних вимог представника влади (ст. 351, 351-1, 351-2 КК України); 2) створення штучних перешкод у їх роботі (ст. 351, 351-1, 351-2 КК України); 3) надання їм неправдивої інформації (ст. 351, 351-1 КК України).

Буквальне тлумачення вказаних норм дає підстави стверджувати, що перешкодження у зазначених випадках тлумачать у вузькому кримінально-правовому значенні. Тобто у цих випадках йдеться не про будь-яке перешкодження, а лише про те, що описується у ст. 351, 351-1, 351-2 КК України. Адже як відомо існують й інші заборонні кримінально-правові норми, що містять підстави кримінальної відповідальності за перешкодження діяльності (ст. 114-1, 157, 170, 171, 180, 340 КК України).

Важливо встановити співвідношення перешкодження представнику влади та втручання в його діяльність. На перший погляд втручання в діяльність є ширшим за перешкодження цій діяльності, оскільки втручання може здійснюватися не лише для перешкодження діяльності представника влади, але й з іншою метою (наприклад, з метою помсти за попередню його діяльність).

А. Г. Мартиросяном визначено співвідношення між термінами «втручання» та «перешкодження» як загальне й часткове (рід і вид). Відповідно, констатовано, що перешкодження – це діяння, у результаті