

**Міністерство внутрішніх справ України
Національна академія внутрішніх справ**

ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ З ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИМИ ТА ЦИВІЛЬНИМ НАСЕЛЕННЯМ

Методичні рекомендації

**Київ
2023**

Рецензенти:

Дудоров Олександр Олексійович, професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України;

Шевчишен Артем Вікторович, заступник начальника Головного слідчого управління – начальник управління організації роботи та методичного забезпечення Національної поліції України, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України

Рекомендовано до друку науково-методичною радою Національної академії внутрішніх справ 22 грудня 2023 року (протокол № 15)

О75 Особливості кваліфікації жорстокого поводження з
військовополоненими та цивільним населенням : метод. рек. / І. В. Жук,
І. А. Ботнаренко. А. А. Вознюк. Київ : Національна академія внутрішніх
справ, 2023. 48 с.

У методичних рекомендаціях висвітлено теоретичні та практичні питання кримінально-правової кваліфікації жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням як однієї з форм порушення законів та звичаїв війни, передбаченої ст. 438 Кримінального кодексу України. Розкрито міжнародно-правові та національні засади кримінальної відповідальності за вчинення цього воєнного злочину, проаналізовано його об'єктивні та суб'єктивні ознаки, а також особливості встановлення контекстуального елемента міжнародного збройного конфлікту.

Особливу увагу приділено проблемним питанням кримінально-правової кваліфікації, відмежуванню жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням від суміжних складів кримінальних правопорушень, зокрема поганого поводження з військовополоненими, умисного вбивства, катування, незаконного позбавлення волі, геноциду та інших кримінальних правопорушень, а також питанням конкуренції кримінально-правових норм і кваліфікації за сукупністю кримінальних правопорушень. Наведено практичні рекомендації щодо застосування положень міжнародного гуманітарного права, кримінального законодавства України та врахування практики міжнародних судових інституцій під час правової оцінки відповідних діянь.

Видання призначене для суддів, прокурорів, слідчих, працівників органів досудового розслідування, адвокатів, військовослужбовців, науково-педагогічних і наукових працівників, здобувачів вищої освіти, а також усіх, хто цікавиться питаннями кримінально-правової протидії воєнним злочинам та застосування міжнародного гуманітарного права.

УДК 343.211.3:341.322.5

Колектив авторів

Жук Ілона Василівна, старший науковий співробітник наукової лабораторії з проблем протидії злочинності Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент

Ботнаренко Ірина Анатоліївна, старший науковий співробітник наукової лабораторії з проблем протидії злочинності Національної академії внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Вознюк Андрій Андрійович, завідувач наукової лабораторії з проблем протидії злочинності Національної академії внутрішніх справ, доктор юридичних наук, професор

ЗМІСТ

Вступ	5
-------------	---

Розділ 1. Кваліфікація жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням за об'єктивними ознаками Ошибка! Закладка не определена.

1.1. Безпосередні об'єкти та потерпілі від злочину. Загальні положення МГП.....	7
--	----------

1.2. Об'єктивна сторона злочину.....	20
---	-----------

Розділ 2. Кваліфікація жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням за суб'єктивними ознаками

2.1. Суб'єкт і суб'єктивна сторона злочину.....	30
--	-----------

2.2. Відмежування від інших кримінальних правопорушень	34
---	-----------

Додатки.....	39
---------------------	-----------

Вступ

Початок повномасштабного вторгнення російської федерації став безпрецедентним викликом для національної системи кримінальної юстиції. Одним із першочергових завдань правоохоронних органів, органів прокуратури та суду стало забезпечення належної кримінально-правової оцінки діянь, що становлять воєнні злочини, відповідно до норм національного законодавства та міжнародного гуманітарного права. Особливої актуальності набули питання правильної кваліфікації порушень законів та звичаїв війни, оскільки від цього залежить законність притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності, формування належної доказової бази та забезпечення принципу невідворотності покарання.

Із 24 лютого 2022 року в Україні офіційно зареєстровано понад 148 тисяч злочинів агресії та воєнних злочинів, переважну більшість з яких становлять порушення законів та звичаїв війни, передбачені ст. 438 Кримінального кодексу України¹. Однією з найпоширеніших форм таких кримінальних правопорушень є жорстоке поводження з військовополоненими та цивільним населенням, що грубо порушує норми міжнародного гуманітарного права та посягає на фундаментальні права людини.

На початку широкомасштабної збройної агресії питання кримінально-правової кваліфікації зазначених діянь стали новими для більшості слідчих, прокурорів і суддів. Відсутність сталої національної правозастосовної практики, необхідність одночасного застосування положень Кримінального кодексу України, міжнародного гуманітарного права, міжнародного кримінального права та практики міжнародних судових інституцій зумовили виникнення значної кількості дискусійних і складних питань під час правової оцінки таких кримінальних правопорушень.

Складність кваліфікації жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням обумовлена низкою факторів. Насамперед необхідним є правильне встановлення міжнародно-правового статусу потерпілих осіб, визначення наявності міжнародного збройного конфлікту, встановлення зв'язку між діянням і збройним конфліктом, а також з'ясування відповідності вчиненого діяння ознакам порушення законів та звичаїв війни. Не менш важливим є відмежування цього кримінального правопорушення від суміжних складів злочинів, передбачених Кримінальним кодексом України, а також правильне вирішення питань кваліфікації за сукупністю кримінальних правопорушень.

Окрему складність становить необхідність врахування положень Женевських конвенцій 1949 року, Додаткових протоколів до них, звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права, положень Римського статуту Міжнародного кримінального суду, практики міжнародних кримінальних трибуналів та Міжнародного кримінального суду. Саме ці міжнародно-правові

¹ Статистичні дані Офісу Генерального прокурора. Офіс Генерального прокурора. URL: <https://gp.gov.ua>

джерела значною мірою визначають зміст ознак воєнних злочинів та підходи до їх кваліфікації.

З огляду на постійне накопичення національної та міжнародної практики розслідування й судового розгляду воєнних злочинів, виникає об'єктивна потреба у виробленні єдиних підходів до кримінально-правової кваліфікації жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням. Це сприятиме однаковому застосуванню кримінального закону, підвищенню ефективності діяльності правоохоронних органів і суду, а також забезпеченню виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань щодо переслідування осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів.

Саме висвітленню актуальних питань кримінально-правової кваліфікації жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням присвячені ці методичні рекомендації. Видання містить аналіз норм національного та міжнародного законодавства, особливостей правової оцінки відповідних діянь, проблемних аспектів правозастосування та практичні рекомендації щодо їх вирішення. Методичні рекомендації можуть бути корисними суддям, прокурорам, слідчим, працівникам правоохоронних органів, адвокатам, військовослужбовцям, науковим і науково-педагогічним працівникам, здобувачам вищої освіти, а також усім, хто досліджує проблематику міжнародного гуманітарного права та кримінально-правової протидії воєнним злочинам.

**Розділ 1. Кваліфікація жорстокого поводження з
військовополоненими та цивільним населенням за об'єктивними ознаками**
**1.1. Безпосередні об'єкти та потерпілі від злочину. Загальні
положення МГП**

Безпосереднім основним об'єктом злочину є встановлені міжнародним правом правила ведення війни.

Безпосереднім додатковим обов'язковим об'єктом злочину є зокрема, здоров'я, воля, честь і гідність, статевая свобода й статевая недоторканність особи, її трудові права, власність тощо (ці об'єкти є альтернативними).

*Правила ведення війни регламентовані нормами МГП, яке також називають «право війни» («jus in bello»), «міжнародне право збройних конфліктів». МГП – це система міжнародно визнаних правових норм і принципів, які застосовують під час збройних конфліктів, встановлюють права і обов'язки суб'єктів міжнародного права щодо заборони чи обмеження використання певних засобів і методів ведення збройної боротьби, забезпечення захисту жертв конфлікту та визначають відповідальність за порушення цих норм¹. Основними напрямками МГП є «право Гааги» (його норми, закріплені в Гаазьких конвенціях, забороняють або обмежують застосування конкретних методів і засобів ведення війни) та «право Женеви» (його норми, закріплені в ЖК і ДП, стосуються захисту жертв збройних конфліктів), які сформулювали базові принципи МГП – це відповідно *принцип обмеження та принцип гуманності*.*

Норми МГП застосовують лише до ситуацій *збройних конфліктів міжнародного або неміжнародного характеру*.

Ознаки МЗК визначено в ст. 2 ЖК і ч. 4 ст. 1 ДП І, ознаки ЗКНМХ – у ст. 3 ЖК² та ст. 1 ДП ІІ. Відповідні дефініції містяться й у п. 33 та п. 40 підрозділу 2 розділу І Інструкції МОУ.

Збройний конфлікт наявний щоразу, коли відбувається застосування збройної сили між державами або тривале збройне насильство між державними органами влади й організованими збройними групами, або між такими групами всередині держави. Для застосування норм МГП не потрібно будь-якого рішення щодо наявності того чи іншого збройного конфлікту, воно застосовується з *фактичного початку збройного конфлікту*³. МГП застосовують з моменту початку таких збройних конфліктів, воно діє після припинення військових дій до досягнення загального миру; або, у випадку внутрішніх конфліктів, – до досягнення мирного врегулювання. До цього часу МГП продовжують застосовувати на всій території воюючих держав або, у випадку внутрішніх конфліктів, на всій території, яка знаходиться під

¹ Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : наказ МОУ від 23 берез. 2017 р. № 164. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>

² Статті 2 та 3 є спільними для всіх ЖК 1949 р.

³ Гутник В.В. Збройний конфлікт у колишній Югославії: до проблеми правової кваліфікації. Альманах міжнародного права. 2020. Вип. 23. С. 165.

контролем сторони, незалежно від того, чи відбуваються там фактичні бойові дії, чи ні (п. 70 рішення МТКЮ у справі «Prosecutor v. Tadic»)¹.

Стан збройного конфлікту не обмежується районами реальних військових боїв, а діє на всій території, що перебуває під контролем воюючих сторін (рішення МТКЮ у справі «Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic»)².

МЗК – будь-яке зіткнення між двома або більше державами із застосуванням ЗС, до якого, зокрема, належать:

1) випадки оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше державами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни (ч. 1 ст. 2 ЖК);

2) випадки часткової чи повної окупації території держави, навіть якщо цій окупації не чинять жодний збройний опір (ч. 2 ст. 2 ЖК);

3) збройні конфлікти, у яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення, закріпленого в Статуті ООН та Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту ООН (ч. 4 ст. 1 ДП І).

МЗК починається з першого пострілу або із захоплення першого квадратного метра території чужої держави³.

ЗКНМХ – це збройний конфлікт, що відбувається на території держави між її ЗС та опозиційними ЗС або іншими організованими збройними групами, які, перебуваючи під відповідальним командуванням, контролюють частину її території, що дає їм змогу здійснювати безперервні й погоджені воєнні дії (ч. 1 ст. 1 ДП ІІ)⁴.

Цей збройний конфлікт може відбуватися:

1) між ЗС держави й опозиційними ЗС;

2) між ЗС держави й іншими організованими збройними групами;

3) між організованими збройними групами.

¹ Prosecutor v. Tadic: Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Case № IT-94-1-T. ICTY. 2 Octobre 1995. URL: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

² Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic: Sentencing Judgement. Appeals Chamber. Case № CVO/P.I.S./679-E. ICTY. 12 June 2002. URL: <https://www.icty.org/en/sid/8095>

³ Вирок Дарницького районного суду міста Києва від 24 квітня 2023 р. Справа № 753/14148/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110409601>

⁴ На сайті ВРУ розміщено переклад ч. 1 ст. 1 ДП ІІ, який містить неточності (його зміст частково не відповідає положенням, викладеним в оригіналі документа англійською мовою). У цьому варіанті перекладу зазначено, що ЗКНМХ відбувається лише між ЗС держави або іншими організованими збройними групами (натомість, оригінальне визначення є ширшим та охоплює згадку про опозиційні ЗС). З огляду на це, дефініція ЗКНМХ, що міститься в п. 40 підрозділу 2 розділу І Інструкції МОУ, також є неточною. Детальніше про неточності перекладу цих положень див.: Вознюк А. А., Жук І. В. Порушення законів і звичаїв війни: безпосередні об'єкти, предмети та потерпілі від злочину. Загальні положення «jus in bello». Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2022. Вип. 4 (100). С. 57–74.

До ЗКНМХ не належать випадки порушення внутрішнього порядку та виникнення обстановки внутрішньої напруженості, таких як безпорядки, окремі й спорадичні¹ акти насильства та інші акти аналогічного характеру (наприклад, масові заворушення, терористичні акти, окремі акти насильства тощо), оскільки вони не є збройними конфліктами (ч. 2 ст. 1 ДП II). Тому такі діяння слід кваліфікувати не як воєнні, а як «загальнокримінальні» (ординарні²) злочини.

Збройна агресія рф проти України є МЗК, що розпочався 20 лютого 2014 р. (про аргументацію МЗК в Україні див. додаток 2, а про його хронологію – додаток 3).

Головними джерелами МГП є міжнародні договори³, міжнародні звичаї⁴ та судова практика⁵.

Основними договірними джерелами МГП у сфері захисту жертв збройних конфліктів: є:

– Женевська конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 р. (ЖК I)⁶;

¹ *Спорадичний* – який здійснюється, відбувається, виконується час від часу, не постійно, який не має рівномірності; нерегулярний, поодинокий; неепідемічний, неендемічний; випадковий (Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2009. С. 1374).

² *Ординарний* – який нічим не вирізняється з-поміж інших; звичайний, рядовий (Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод., допов. та CD) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2009. С. 854).

³ *Міжнародний договір України* – договір, укладений у письмовій формі з іноземною державою або іншим суб'єктом міжнародного права, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування (договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо) (п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text>)

Детальніше про **перелік цих міжнародно-правових документів**, дати набуття чинності для України див. додаток 4.

⁴ Відповідно до ст. 38 Статуту Міжнародного Суду ООН *звичай* – це доказ загальної практики, що визнана як правова норма (Статуту Міжнародного Суду ООН. URL: <https://www.icj-cij.org/en/statute>). **Перелік звичаєвих норм** розміщено в додатку 5.

Важливість звичаєвого МГП засвідчує, зокрема, *Декларація (застереження) Мартенса* – положення, закріплене в міжнародних договорах, що відсилає до базових, загальнолюдських принципів гуманності та моралі, через призму яких слід розглядати не врегульовану нормами МГП поведінку сторін під час війни: у випадках, не передбачених ДП I або іншими міжнародними угодами, цивільні особи й комбатанти залишаються під захистом і дією принципів міжнародного права, що впливають з усталених звичаїв, принципів гуманності та вимог суспільної свідомості (ч. 2 ст. 1 ДП I). Це положення було включено до преамбули Гаазької конвенції про закони та звичаї війни 1899 р., підтверджене в Гаазькій конвенції 1907 р. та розвинене у ст. 1 ДП I. Отже, у випадках, коли в міжнародних договорах немає відповідних юридичних норм щодо захисту цивільних осіб і комбатантів, однак вони відповідають принципам гуманності й вимогам суспільної моралі, такі норми вважають складовою МГП, що зумовлює юридичні зобов'язання їх дотримуватися.

⁵ Ідеться про рішення Міжнародного воєнного трибуналу в Нюрнберзі, Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу, МТКЮ тощо.

⁶ Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text

– Женевська конвенція про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, що зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 р. (ЖК II)¹;

– Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р. (ЖК III)²;

– Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. (ЖК IV)³;

– Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 р. (ДП I)⁴;

– Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру, від 8 червня 1977 р. (ДП II)⁵;

– Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми, від 8 грудня 2005 р. (ДП III)⁶;

– Європейська конвенція з прав людини від 4 листопада 1950 р.;

– Факультативний протокол до Конвенції про права дитини від 20 листопада 1989 р., що стосується участі дітей у збройному конфлікті, від 25 травня 2000 р.;

Сучасним міжнародним договором у сфері МГП є *Римський статут Міжнародного кримінального суду* від 17 липня 1998 р.⁷. На підставі цього документа засновано МКС, юрисдикція якого обмежується найбільш тяжкими злочинами, які викликають занепокоєння міжнародної спільноти, – злочином геноциду, злочинами проти людяності, воєнними злочинами та злочином агресії.

¹ Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152#Text

² Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

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

⁴ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

⁵ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II), від 8 червня 1977 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text

⁶ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III), від 8 грудня 2005 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g74#Text

⁷ Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text; Rome Statute of the International Criminal Court. 17 July 1998. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

Україна не ратифікувала РС¹, однак дала згоду на юрисдикцію МКС «*ad hoc*» (на конкретний випадок) згідно з п. 3 ст. 12 РС. Тобто **юрисдикція МКС² має обмежений характер** і поширюється на територію України відповідно до Заяви ВРУ від 25 лютого 2014 р.³ та постанови ВРУ від 4 лютого 2015 р.⁴. Тому дія РС поширюється лише на випадки, окреслені в зазначених заявах. Однак відсутність підстав для загальної юрисдикції МКС не перешкоджає використанню РС під час кваліфікації та розслідування воєнних злочинів у практиці національних судових і правоохоронних органів як орієнтиру під час застосування норм МГП.

У системі національних правових актів нормативним документом, який узагальнює роз'яснення норм МГП, є *Інструкція про порядок виконання норм*

¹ рф також не ратифікувала РС, а тому навряд чи буде співпрацювати з МКС. Міжнародний досвід засвідчує, що в аналогічних ситуаціях (за наявності МЗК) створюють спеціальні кримінальні суди (трибунали) на кшталт Міжнародного військового трибуналу (Нюрнберзького трибуналу), Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу (Токійського трибуналу), МТКЮ, Міжнародного трибуналу щодо Руанди. Вони необхідні передусім для притягнення до кримінальної відповідальності за злочин агресії осіб, які мають можливість фактично здійснювати керівництво політичною чи військовою діяльністю держави чи контролювати таку діяльність.

Водночас якщо Україна ратифікує РС, то відповідно до ч. 5 ст. 15 bis цього договору МКС не має юрисдикції щодо злочину агресії стосовно держави, яка не є членом РС. Тому МКС може притягувати до кримінальної відповідальності за воєнні та інші міжнародні злочини, однак щодо злочину агресії слід застосовувати можливості або національних судів, або створювати спеціальний трибунал.

² МКС здійснює юрисдикцію відповідно до принципу **компліментарності**, згідно з яким відповідальність за здійснення правосуддя над особами, обвинуваченими у вчиненні злочинів проти міжнародного права, покладено саме на судову систему відповідної держави. Тобто МКС не замінює та не доповнює собою національну систему кримінального правосуддя держави. Відповідальність за переслідування осіб, винних у вчиненні злочинів геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів та злочину агресії, цілком покладена на національні правоохоронні органи й національну судову систему держави. Відповідно до ст. 17 РС, МКС починає здійснювати свою кримінальну юрисдикцію лише тоді, коли буде встановлено, що відповідна держава не бажає або не може сама її реалізувати (Короткий Т., Неділько Б. Україна і Міжнародний кримінальний суд: двадцять складних питань і простих відповідей. *Юридична Газета*. 2020. № 16 (722). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/ukrayina-i-mizhnarodniy-kriminalniy-sud-dvadcyat-skladnih-pitan-i-prostih-vidpovidey.html>)

³ Заява Верховної Ради України до Міжнародного кримінального суду про визнання Україною юрисдикції міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів у період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року від 25 лютого 2014 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/790-18#Text>

⁴ Про Заяву Верховної Ради України «Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій «ДНР» і «ЛНР», які призвели до особливо тяжких наслідків і масового вбивства українських громадян : постанова Верховної Ради України від 4 лют. 2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19#Text>

*міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України*¹. Вона має важливе значення для вивчення та тлумачення положень МГП загалом, оскільки містить результати аналізу міжнародних договорів. Водночас щодо застосування цього підзаконного нормативно-правового акта слід висловити певні застереження. Ідеться передусім про те, що він адресований лише військовослужбовцям і працівникам ЗСУ з метою забезпечення додержання ними принципів і норм МГП.

Обов'язковою ознакою порушення законів і звичаїв війни у формі жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням є наявність **спеціальних потерпілих** – військовополонених і цивільне населення.

У контексті МЗК *потерпілі особи й особа, яка вчиняє серйозне порушення МГП, переважно повинні належати до протилежних сторін збройного конфлікту*. Причому визначальним у цьому випадку є не стільки громадянство потерпілого, скільки лояльність до певної сторони конфлікту. Однак факт приналежності особи до певної сторони конфлікту втрачає значення в умовах ЗКНМХ. Загалом для різних типів збройних конфліктів виокремлюють різні категорії захищених осіб. Наприклад, така категорія, як військовополонені, наявна виключно в контексті МЗК. У тому випадку, якщо потерпіла особа не входить до числа осіб, які перебувають під захистом МГП, вчинені щодо таких осіб діяння не можна кваліфікувати за ст. 438 КК, але за наявності достатніх для того підстав можуть бути «загальнокримінальними» чи військовими злочинами. Наприклад, насильство, вчинене членами ЗС однієї зі сторін конфлікту щодо цивільного населення, які належать до тієї самої сторони².

Потерпілими від злочину в цій формі є *військовополонені або цивільне населення*.

Відповідно до ст. 4 ЖК III, **військовополоненими**, в розумінні цієї Конвенції є особи, які *потрапили в полон до супротивника й належать до однієї з таких категорій*:

1) члени особового складу ЗС сторони конфлікту, а також члени ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих ЗС;

2) члени інших ополчень і добровольчих загонів, зокрема члени організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, зокрема організовані рухи опору, відповідають таким умовам:

а) знаходяться під командуванням особи, відповідальної за своїх підлеглих;

б) мають закріплену відмітну емблему, яка може бути розпізнана на відстані;

¹ Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : Наказ МОУ від 23 берез. 2017 р. № 164. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ : Дакор, 2018. С. 1336.

с) відкрито носять зброю;

д) ведуть бойові дії відповідно до законів і звичаїв війни;

3) члени особового складу регулярних ЗС, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує;

4) особи, які супроводжують ЗС, але фактично не входять до їхнього складу, наприклад, цивільні особи з екіпажів військових літаків, військові кореспонденти, постачальники, особовий склад робочих підрозділів або служб побутового обслуговування ЗС, за умови, що вони отримали на це дозвіл тих ЗС, які вони супроводжують, для чого останні видають їм посвідчення особи за зразком, наведеним у додатку IV (А) до ЖК III¹;

5) члени екіпажів суден торговельного флоту, зокрема капітани, лоцмани та юнги, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту, які не користуються більш сприятливим режимом згідно з будь-якими іншими положеннями міжнародного права;

б) жителі неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни².

Отже, *військовополоненими* слід вважати осіб, які беруть участь у збройному конфлікті й потрапляють під владу супротивника.

Основні вимоги щодо поводження з військовополоненими, а також заборони застосування щодо них фізичних чи моральних тортур, інших форм примусу врегульовано Порядком здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 2022 року № 721; Порядком тримання військовополонених, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 05 квітня 2022 року № 413; Порядком організації та здійснення супроводження та охорони військовополонених з місць (місцевостей), де вони утримуються після взяття їх в полон, до таборів для тримання військовополонених або дільниць для тримання військовополонених, затвердженим наказом Міністерства оборони України, Міністерства розвитку громад, територій та інфраструктури України від 08 січня 2024 року № 15/12.

Згідно з Порядком здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 17 червня 2022 р. № 721, особа набуває статусу військовополоненого та відповідні гарантії з моменту потрапляння в полон (абз. 3 п. 5)³. Слід відмітити, що статус військовополоненого охоплює і особу, яка претендує на статус військовополоненого, має право на такий статус, або якщо

¹ Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

² Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

³ Про затвердження Порядку здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період: постанова Кабінету Міністрів України від 17 червня 2022 р. № 721. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/721-2022-%D0%BF#Text>.

сторона, від якої вона залежить, вимагає для неї такого статусу шляхом повідомлення держави, що її затримує, або Держави-покровительки. У разі виникнення якогось сумніву в тому, чи має будь-яка така особа право на статус військовополоненого, вона продовжує зберігати такий статус і, отже, користуватися захистом III конвенції і цього Протоколу доти, доки її статус не буде визначено компетентним судовим органом (ч. 1 ст. 45 Додаткового протоколу)¹.

ЗС сторони, що перебуває в конфлікті, формуються з усіх організованих ЗС, груп і підрозділів, що перебувають під командуванням особи, відповідальної перед цією стороною за поведінку своїх підлеглих, навіть якщо ця сторона представлена урядом чи владою, не визнаними супротивною стороною. Такі ЗС підпорядковані внутрішній дисциплінарній системі, яка, поряд з іншим, забезпечує додержання норм міжнародного права, застосовуваних у період збройних конфліктів (ст. 43 ДП I).

До складу ЗС входять регулярна армія держави (офіційні ЗС) і нерегулярні сили (добровольчі нерегулярні ополчення, приватні армії, найманці та ін.).

Усі ЗС, групи та підрозділи, що демонструють достатній рівень військової організації та *de facto* діють від імені й за згодою сторони в конфлікті, слід розглядати як частину її ЗС, і тому їх не ідентифікують як цивільних осіб, незалежно від їхнього права на статус військовополоненого або привілей комбатанта, а також незалежно від їхнього визначення в національному законодавстві².

Приналежність окремих осіб до регулярних ЗС держави зазвичай регулює національне законодавство шляхом офіційного включення до складу постійних частин і підрозділів, відмітні риси яких – носіння форменого одягу, знаки розрізнення та оснащення. Зазначене стосується збройних підрозділів поліції, прикордонної служби або аналогічних частин і підрозділів, включених до складу ЗС держави³.

Особи, які входять до складу ЗС сторони, що перебуває в конфлікті (крім медичного і духовного персоналу), є **комбатантами**, тобто вони мають право брати безпосередню участь у воєнних діях (ч. 2 ст. 43 ДП I⁴).

Термін **«комбатант»** застосовують під час МЗК, й він поширюється на:

1) особовий склад ополчень і добровільних загонів, якщо вони відповідають таким умовам:

¹ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року. Протокол ратифіковано із заявою Указом Президії Верховної Ради УРСР від 18.08.89 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text.

² Мельцер Н. Міжнародне гуманітарне право. Загальний курс. МКЧХ, 2020. С. 95–96.

³ Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ, 2018. С. 80.

⁴ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

– перебувають під командуванням особи, відповідальної за своїх підлеглих;
– мають закріплену відмітну емблему, яка може бути розпізнана на відстані;

- відкрито носять зброю;
- ведуть бойові дії відповідно до законів і звичаїв війни;

2) жителів території, що не була окупована, які під час наближення ворога добровільно взяли за зброю для того, щоб чинити опір військам, що вторглися, але не мали часу самоорганізуватися (якщо вони відкрито носять зброю і дотримуються законів і звичаїв війни) (ст. 1, 2 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі¹).

Хоча всі комбатанти зобов'язані дотримуватися норм міжнародного права, що застосовується в період збройних конфліктів, порушення цих норм не позбавляють комбатанта його права вважатися комбатантом, а у випадку його потрапляння під владу протилежної сторони – військовополоненим (за деякими винятками, наприклад, у випадку, коли комбатант під час участі в нападі маскується під цивільне населення) (ч. 2 ст. 44 ДП I)².

До комбатантів належать *партизани* та *бійці національно-визвольних рухів*.

Партизани – учасники недержавних військових об'єднань, що не належать до *регулярної армії*, – військових загонів, які воюють проти панівної в країні влади (політичного чи військового режиму) або окупаційного режиму ворожої країни. Партизани є комбатантами, що надає їм надалі право на статус *військовополонених* у разі захоплення, якщо вони:

- 1) належать до однієї зі сторін конфлікту;
- 2) очолюються особою, яка відповідає за їхні дії;
- 3) мають знаки, що відрізняють їх від цивільного населення;
- 4) відкрито носять зброю;
- 5) дотримуються норм МГП (ч. 2 ст. 13 ЖК I і ЖК II, ч. 2 ст. 4 ЖК III, ч. 1 ст. 43 ДП I).

Обов'язок комбатантів – відрізнати себе від цивільного населення для сприяння посиленню захисту цивільного населення від наслідків воєнних дій. Партизанам дозволено приховувати свій статус тільки на час, коли вони внаслідок характеру воєнних дій не можуть цього робити, однак не під час воєнних зіткнень і перед такими зіткненнями, знаходячись на видноті в супротивника (ч. 3 ст. 44 ДП I)³. Дії, що відповідають вимогам ч. 3 ст. 44 ДП I, не розглядаються як віроломні в значенні п. «b» ч. 1 ст. 37 (ч. 4 ст. 44 ДП I).

¹ Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text

² Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text.

³ Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ, 2018. С. 80.

У контексті збройної агресії рф до комбатантів за певних обставин можна віднести не лише представників регулярних ЗС рф, а й внутрішніх військ («росгвардії»), федеральної служби безпеки, служби зовнішньої розвідки, органів державної охорони, представників ПВК, учасників НЗФ «ЛНР» і «ДНР» та ін.

ЗС воюючих сторін можуть формуватися з комбатантів і некомбатантів. У разі захоплення ворогом як ті, так й інші користуються правами військовополонених (ст. 3 IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі¹).

Некомбатанти – особи, які входять до складу ЗС та надають їм допомогу, але безпосередньої участі у воєнних діях не беруть. До них належать медичний і духовний персонал, інтенданти, військові кореспонденти, юристи та ін. До зазначених осіб не мають застосовувати зброю якщо вони зайняті виконанням своїх безпосередніх обов’язків.

Зазначені особи користуються передбаченим МГП захистом, який вони втрачають у разі їхньої безпосередньої участі у воєнних діях на період такої участі (п. 39 підрозділу 2 розділу I Інструкції МОУ)².

Особам, які беруть участь у бойових діях, однак не входять до представників ЗС сторони збройного конфлікту чи учасників масових виступів, наприклад, найманцям, не надається право на статус комбатанта або військовополоненого (ч. 1 ст. 47 ДП І).

У теорії МГП використовують неофіційний термін «незаконні комбатанти» («unlawful military combatants»³) для позначення осіб, які беруть участь у воєнних діях, однак не мають права на статус комбатантів і похідний від нього статус військовополонених.

Незаконними комбатантами є найманці, шпигуни та цивільні особи, які беруть безпосередню участь у воєнних діях, не входячи до складу ЗС сторони конфлікту й не відрізняючи себе від цивільного населення⁴.

Термін «незаконний» комбатант є умовним та означає лише, що ці особи можуть бути законним об’єктом нападу в момент вчинення ними протиправних дій, а також можуть бути притягнуті до відповідальності за ці дії відповідно до національного права держави-супротивника, та не мають права на статус військовополонених. Це актуально передусім для недержавних збройних груп, які перебувають під загальним контролем іншої держави, тобто є стороною

¹ Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text

² Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : наказ МОУ від 23 берез. 2017 р. № 164. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>

³ Цей термін використовували в США для позначення осіб, яких підозрювали як терористів Аль-Каїди, позбавляючи їх як статусу комбатантів, так і статусу цивільних осіб, що мають права на гарантії справедливого судочинства (Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ, 2018. С. 81.).

⁴ Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ, 2018. С. 81.

МЗК, а також ЗС супротивної держави, що діють, приховуючи свій статус. Якщо вони не носять форми супротивника або не відрізняють себе від цивільного населення, а держава, що їх контролює, не визнає їх законного статусу як осіб, що входять до складу її ЗС – вони не мають права на статус комбатантів і статус військовополонених¹. Така ситуація протягом певного періоду склалася щодо учасників НЗФ «ЛНР» та «ДНР», які перебували під загальним контролем рф, хоча остання офіційно не визнавала їх приналежності до своїх ЗС.

Найманець – це будь-яка особа, яка:

- а) спеціально завербована на місці або за кордоном для того, щоб брати участь у збройному конфлікті;
- б) фактично бере безпосередню участь у воєнних діях;
- с) бере участь у воєнних діях, керуючись переважно бажанням одержати особисту вигоду, якій справді було обіцяно стороною або за дорученням сторони, що перебуває в конфлікті, матеріальну винагороду, що істотно перевищує винагороду, обіцяну чи сплачувану комбатантам такого самого рангу та функцій, які входять до особового складу ЗС цієї сторони;
- д) не є ні громадянином сторони, що перебуває в конфлікті, ні особою, яка постійно проживає на території, контрольованій стороною, що перебуває в конфлікті;
- е) не входить до особового складу ЗС сторони, що перебуває в конфлікті;
- ф) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває в конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її ЗС (ч. 1 ст. 47 ДП І).

Не є найманцями військові інструктори й радники, яких офіційно направляє одна держава для надання допомоги в будівництві ЗС іншої держави, за умови, якщо вони не беруть особистої участі в збройному конфлікті (п. 63 підрозділу 2 розділу І Інструкції МОУ).

Найманців слід відрізнити від добровольців, які не переслідують мети наживи, а беруть участь виключно на підставі індивідуального контракту зі стороною конфлікту чи міжнародного договору між воюючою державою і країною їх громадянства. Вони мають легальний статус і визнаються стороною конфлікту як такі, що входять до складу її ЗС². Добровольці, на відміну від найманців, входять до особового складу однієї з воюючих сторін, а тому є комбатантами (ними керує особа, яка відповідає за своїх підлеглих; мають постійний відмітний знак, який добре розпізнається на відстані; носять зброю відкрито; здійснюють військові операції згідно законів та звичаїв війни (ч. 2 ст. 4 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р.).

Будь-яка особа зі складу ЗС сторони, що перебуває в конфлікті, яка потрапляє під владу супротивної сторони в той час, коли вона здійснює

¹ Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ, 2018. С. 81.

² Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ, 2018. С. 82.

шпигунство, не має права на статус військовополоненого, і з нею можуть поводитися як із шпигуном (ч. 1 ст. 46 ДП І).

Шпигуни – особи, які, діючи таємно або обманним шляхом, збирають (чи намагаються збирати) відомості, що мають військове значення, на території, яку контролює одна з конфліктуючих сторін, з метою подальшого передання цієї інформації протилежній стороні (ч. 2 ст. 46 ДП І).

Особу зі складу ЗС конфліктуючої сторони, яка проживає на окупованій супротивною стороною території, та від імені сторони, від якої вона залежить, збирає або намагається збирати на цій території інформацію, що має воєнне значення, не вважають особою, яка здійснює шпигунство, якщо вона не діє обманним шляхом або навмисно не вдається до таємних методів. Така особа не втрачає свого права на статус військовополоненого, з нею не можуть поводитися як із шпигуном, за винятком випадку, якщо її захоплено в той час, коли вона здійснювала шпигунство (ч. 3, 4 ст. 46 ДП І).

Шпигуни втрачають своє право на статус військовополоненого тільки за умови, якщо їх було захоплено в момент, коли вони здійснювали шпигунство. Шпигуна, який повернувся до своєї армії та згодом був захоплений ворогом, визнають військовополоненим, він не несе жодної відповідальності за свої попередні акти шпівонажу (ст. 29, 31 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р.)¹.

Цивільне населення – це всі особи, які є цивільними (ч. 2 ст. 50 ДП І).

Цивільне населення – це особи, які в будь-який момент і за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є (ст. 4 ЖК IV).

Цивільною особою є будь-яка особа, що не належить до жодної з категорій осіб, зазначених у п. 1, 2, 3 та 6 ч. А ст. 4 ЖК III та у ст. 43 ДП І (ч. 1 ст. 50 ДП І).

Тобто **не визнають цивільними особами:**

1) членів особового складу ЗС сторони конфлікту, а також членів ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих ЗС (п. 1 ч. А ст. 4 ЖК III);

2) ЗС сторони, що перебуває в конфлікті, які формуються з усіх організованих ЗС, груп і підрозділів, що перебувають під командуванням особи, відповідальної перед цією стороною за поведінку своїх підлеглих, навіть якщо ця сторона представлена урядом чи владою, не визнаними супротивною стороною (ч. 1 ст. 43 ДП І);

3) членів інших ополчень і добровольчих загонів, зокрема членів організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, зокрема організовані рухи

¹ IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text

опору, відповідають таким умовам: а) перебувають під командуванням особи, відповідальної за своїх підлеглих; б) мають закріплену відмітну емблему, яка може бути розпізнана на відстані; с) відкрито носять зброю; d) ведуть бойові дії відповідно до законів і звичаїв війни (п. 2 ч. А ст. 4 ЖК III);

4) членів особового складу регулярних ЗС, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує (п. 3 ч. А ст. 4 ЖК III);

5) жителів неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються для вчинення опору силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни (п. 6 ч. А ст. 4 ЖК III). Цю категорію осіб називають учасниками «*levée en masse*»¹. Термін «*levée en masse*» перекладають як «масова мобілізація», масова мобілізація на патріотичному ґрунті чи масова національна мобілізація перед вторгненням. До цієї категорії осіб мають ставитися як до комбатантів, якщо вони відкрито носять зброю і дотримуються законів і звичаїв війни. У разі захоплення вони мають право на поводження як із військовополоненими².

Отже, *цивільні особи* – це будь-які особи, які не входять до ЗС, не є членами інших ополчень і добровольчих загонів сторони конфлікту, а також жителів неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носять зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни. Цивільне населення не бере безпосередньої участі у бойових діях під час збройного конфлікту.

Цивільні особи користуються захистом, за винятком окремих випадків і періоду, коли вони беруть безпосередню участь у воєнних діях (п. 59 підрозділу 2 розділу I Інструкції МОУ)³.

У разі сумніву щодо того, чи є особа цивільною, її вважають цивільною (ч. 1 ст. 50 ДП I).

Присутність серед цивільного населення окремих осіб, які не підпадають під визначення цивільних осіб, не позбавляє це населення його цивільного характеру (ч. 3 ст. 50 ДП I).

Цивільні не мають права воювати і в разі безпосередньої участі у воєнних діях втрачають захист, можуть бути об'єктом нападу під час таких дій або заарештовані після такого періоду⁴.

¹ Мельцер Н. Міжнародне гуманітарне право. Загальний курс. МКЧХ, 2020. С. 95.

² Процес прийняття рішень під час бойових дій. МКЧХ, березень 2018 р. 64 с. URL: <https://www.mil.gov.ua/content/books/process0808.pdf>

³ Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : наказ МОУ від 23 берез. 2017 р. № 164. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>

⁴ Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ, 2018. С. 73–74.

1.2. Об'єктивна сторона злочину

Віднесення окремих кримінально протиправних діянь до однієї з форм об'єктивної сторони цього злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК, спричиняє труднощі, оскільки одне й те саме серйозне порушення норм МГП може підпадати під ознаки декількох із зазначених вище форм. Тому у випадку обґрунтованих сумнівів суди кваліфікують вчинене як порушення законів і звичаїв війни, передбачене ч. 1 або ч. 2 ст. 438 КК, без конкретизації форми вчиненого делікту¹.

Стаття 438 КК містить *бланкетну норму*, а тому зміст зазначених у ній діянь відображено в положеннях МГП. Норми міжнародних договорів та/або звичаєвих правил і правовий акт, який підтверджує, що Україна є учасницею такого міжнародного договору, мають бути відображені у кваліфікації поряд з посиланням на ст. 438 КК.

Приклад такого правила продемонстровано у вирокі Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р., яким військовослужбовця ЗС рф ОСОБА_2 визнано винним у порушенні законів і звичаїв війни, що передбачене ч. 2 ст. 51, п. «а» ч. 3 ст. 85 ДП І, яке поєднане з умисним вбивством, тобто у вчиненні злочину, визначеного ч. 2 ст. 438 КК².

Цей підхід прослідковується і в міжнародній судовій практиці. Наприклад, МТКЮ у рішенні по справі «Prosecutor v. Janko Bobetko» в обвинуваченні Я. Бобетко у вчиненні вбивства як порушення законів або звичаїв війни посилається на п. «а» ч. 1 ст. 3 ЖК, що карається відповідно до ст. 3 у поєднанні з ч. 3 ст. 7 Статуту МТКЮ³.

За конструкцією об'єктивної сторони цей злочин належить до злочинів із *формально-матеріальним складом*. На перший погляд, переважна більшість деліктів, передбачених ч. 1 ст. 438 КК, має формальний склад, а до злочинів з матеріальним складом можна віднести тільки розграбування національних цінностей на окупованій території, а також діяння, визначене ч. 2 ст. 438 КК. Однак слід брати до уваги, що в межах однієї форми об'єктивної сторони можуть бути делікти як з формальним, так і матеріальним складом.

Наприклад, відповідно до ст. 147 ЖК IV, порушенням законів і звичаїв війни в контексті ст. 438 КК можна визнавати умисне вбивство цивільної особи, умисне спричинення серйозних травм її тілу чи здоров'ю (матеріальні склади), а також примушування особи, яка перебуває під захистом, служити в силах ворожої держави або навмисне позбавлення цієї особи права на справедливий і нормальний суд (формальні склади).

Попри те, що диспозиція ч. 1 ст. 438 КК встановлює відповідальність за всі порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, кримінальному

¹ Детальніше про таку кваліфікацію див. додаток 6.

² Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. Справа № 760/5257/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>

³ Prosecutor v. Janko Bobetko: Indictment. Case № IT-02-62. ICTY. 23 August 2002. URL: <https://www.icty.org/x/cases/bobetko/ind/en/bob-ii020826-e.pdf>

переслідуванню підлягають лише ті діяння, які згідно з нормами МГП відповідають ознакам воєнного злочину – є *серйозними порушеннями МГП* та мають *контекстуальний елемент*.

Вказівки на *серйозний* характер порушень МГП містяться, зокрема, у ст. 50 ЖК I, ст. 51 ЖК II, ст. 130 ЖК III, ст. 147 ЖК IV, ст. 11, 85 ДП I (див. додаток 7).

До *серйозних порушень МГП* можна віднести такі, що:

1) *спрямовані проти людей* (навмисне вбивство, катування та нелюдське поводження; навмисне заподіяння тяжких страждань або серйозного каліцтва чи завдання шкоди здоров'ю людини; напад на осіб, які знаходяться під захистом МГП; здійснення нападу невибіркового характеру, коли відомо, що це стане причиною людських втрат серед цивільного населення і спричинить збиток цивільним об'єктам; напад на небезпечні установки і споруди, якщо відомо, що це спричинить надмірні втрати серед цивільного населення або значні збитки цивільним об'єктам; напад на місцевості, що не обороняються, та демілітаризовані зони; неправомірний напад на культурні цінності, які чітко розпізнаються; проведення на людях медичних, біологічних або наукових експериментів; нелюдське поводження, яке супроводжується приниженням гідності людини, зокрема застосування практики апартеїду, геноциду та інших дій, які ґрунтуються на расовій дискримінації; взяття заручників; незаконне позбавлення волі (арешт); наказ не залишати нікого в живих; депортація чи незаконне переміщення населення окупованої території (як у межах цієї території, так і поза нею); переміщення державою-окупантом частини власного цивільного населення на окуповану територію; позбавлення права на неупереджене й належне судочинство; невинуватна затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб; примус до служби у ЗС противника; обмеження доступу населення до їжі, води; застосування заборонених видів зброї; використання «живих щитів»; вербування до складу ЗС або використання у воєнних діях дітей віком до п'ятнадцяти років тощо);

2) *спрямовані проти майна* (не виправдані військовою необхідністю дії: великомасштабне руйнування майна; присвоєння майна у великих розмірах; знищення або розграбування власності противника; віддача на розграбування населеного пункту або місцевості; захоплення суден, призначених для берегового рибальства або потреб місцевого мореплавання, госпітальних суден та суден, які здійснюють наукові і релігійні функції);

3) *вчинені шляхом віроломного використання розпізнавальних емблем (знаків, сигналів), якими позначаються особи й об'єкти, що користуються захистом МГП¹*.

МТКЮ у своїх рішеннях одним із пунктів обвинувачення безпосередньо визначав «серйозні порушення Женевської конвенції 1949 р.».

¹ Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : наказ МОУ від 23 берез. 2017 р. № 164. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>

Наприклад, у справі «Prosecutor v. Radoslav Brdjanin» на основі індивідуальної кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 7 Статуту МТКЮ) та кримінальної відповідальності начальника (ч. 3 ст. 7 Статуту МТКЮ) Брджаніну було пред'явлено звинувачення в таких злочинах:

- 1) геноцид; співучасть у геноциді (геноцид, ст. 4 Статуту МТКЮ);
- 2) переслідування; винищення; катування; депортація; нелюдські акти (примусове переміщення) (злочини проти людяності, ст. 5 Статуту МТКЮ);
- 3) безпідставне руйнування міст, селищ чи сіл або спустошення, не виправдане військовою необхідністю; руйнування або навмисне пошкодження релігійних установ (порушення законів і звичаїв війни, ст. 3 Статуту МТКЮ);
- 4) умисне вбивство; катування; незаконне та безпідставне масштабне знищення та привласнення майна, не виправдане військовою необхідністю (серйозні порушення Женевської конвенції 1949 р., ст. 2 Статуту МТКЮ)¹.

Серйозне порушення МГП та збройний конфлікт не обов'язково повинні збігатися темпорально та географічно. Наприклад, серйозні порушення МГП можуть мати місце після закінчення МЗК щодо військовополонених, яких продовжує утримувати сторона конфлікту².

У межах кримінально-правової характеристики порушення законів і звичаїв війни, окрім традиційних суб'єктивних (суб'єкт і суб'єктивна сторона) та об'єктивних (об'єкт і об'єктивна сторона) ознак складу злочину, притаманних національній доктрині кримінального права, слід розглядати і структуру складів воєнних деліктів, яку використовує МКС, – так звані «Елементи злочину» (схвалені Асамблеєю держав – учасниць РС), що охоплюють матеріальну, ментальну та контекстуальну складові³. Зазначені елементи допомагають МКС у тлумаченні ст. 8 РС «Воєнні злочини»⁴.

Контекстуальний елемент дає змогу виокремити міжнародні злочини з-поміж ординарних, водночас розрізняти їх між собою. Для кожного з різновидів міжнародних злочинів контекстуальний елемент передбачено в ст. 6–8 та 8 bis РС. Тобто контекстуальний елемент має два завдання: 1) ідентифікація такої групи злочинів як міжнародні; 2) ідентифікація міжнародного злочину конкретного виду⁵.

Для правильного тлумачення контекстуального елемента воєнних злочинів критичним є з'ясування таких його **складових**:

¹ Prosecutor v. Radoslav Brdjanin (Trial Judgement). Case IT-99-36-T. ICTY. 1 September 2004. URL: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,4146fd744.html>

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ : Дакор, 2018. С. 1336.

³ Коваль Д. О., Авраменко Р. А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : Truth Hounds ; Одеса : Фенікс, 2019. С. 19; Elements of crime. International Criminal Court. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

⁴ **Елементи воєнних злочинів** висвітлено в додатку 8.

⁵ Червякова О. В. Відповідальність за воєнні злочини: механізми та процеси відновлення суверенітету та безпеки України. *Форум права*. 2020. № 61 (2). С. 150–162. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3883835>

наявність МЗК або ЗКНМХ;

зв'язок діяння і збройного конфлікту (war nexus). Перші дві складові умовно пропонують позначити як матеріальний контекстуальний елемент;

усвідомлення особою існування збройного конфлікту (цю складову називають ментальним контекстуальним елементом)¹.

Для доведення факту усвідомлення виконавцем існування збройного конфлікту не потрібно чіткого розуміння ним причин конфлікту, доцільності проведення військових дій. Достатньо лише факту розуміння, що ведеться збройний конфлікт між двома державами. РС МКС також не висуває вимоги усвідомлення винуватим факту існування збройного конфлікту чи його характеру як міжнародного або неміжнародного. При цьому, наголошує К. Амбос, обов'язковою умовою є усвідомлення винуватим фактичних обставин, що визначають існування збройного конфлікту у цілому². Тож росіяни, які заходили на територію іншої держави (України) з військовою технікою, чітко розуміли факт перетину ними кордону іншої незалежної держави. Вони бачили, що їм чинять опір Збройні Сили України. Та й навіть у тих випадках, коли вони скористалися елементом раптовості і фактично окупували частину території України без опору, все одно має місце застосування збройних сил РФ на території іншої держави і комбатанти держави-агресора усвідомлювали цей факт³.

Отже, контекстуальними елементами воєнних злочинів, які застосовні до МЗКУ, 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 конфлікту⁴.

Для виконання вимог контекстуального елемента воєнного злочину необхідною є наявність зв'язку між конкретним інкримінованим особі діянням і збройним конфліктом. Доведення зв'язку між конкретним діянням, що містить ознаки злочину, і збройним конфліктом є складнішим у випадку із ЗКНМХ і переважно не спричиняє проблем за МЗК. Основою для доведення такого зв'язку є два фактори:

а) спрямованість нападів проти осіб, які не беруть участі в збройному конфлікті;

¹ Коваль Д. О., Авраменко Р. А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : Truth Hounds ; Одеса : Фенікс, 2019. С. 19.

² Ambos K. «Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes' in Vohrah L (ed), Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese (The Hague 2003) 11–40.

³ Ambos K. «Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes' in Vohrah L (ed), Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese (The Hague 2003) 11–40.

⁴ Антонюк Н. Наявність контекстуального елемента відрізняє воєнні злочини від «загальнокримінальних». Право України. 2023. № 5. С. 30–38. С. 36. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1339593>.

б) спрямованість діяння на виконання певних завдань збройного формування у конфлікті (або, як мінімум, його одночасне здійснення зі збройним конфліктом)¹.

У справі «Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic» (рішення МТКЮ) щодо зв'язку між збройним конфліктом і злочинною поведінкою Апеляційна палата заявляє, що *необхідний зв'язок не є причинново-наслідковим зв'язком між збройним конфліктом і вчиненням злочину*. Достатньо, щоб наявність збройного конфлікту відіграла суттєву роль у здатності обвинуваченого вчинити злочин, прийнятті рішення його вчинити, способі вчинення або меті, з якою злочин вчинено. Судова палата мала право взяти до уваги, серед іншого, такі фактори: той факт, що злочинці є комбатантами; потерпілі не є комбатантами; потерпілі належать до протилежної сторони; дії слугують кінцевій меті військової кампанії. Однак у цьому випадку встановлено, що зловмисники діяли на сприяння або під прикриттям збройного конфлікту. Цього достатньо для висновку, що їхні дії були тісно пов'язані із цим конфліктом (п. I-A)².

У справі «Prosecutor v. Sefer Halilovic» (рішення МТКЮ) Судова палата встановила, що *розміщення солдат на певній території під час підготовки до бойових дій відіграє важливу роль у їх здатності вчинити злочини на цій території*. Зазначене засвідчує наявність зв'язку між злочинами, вчиненими на цій території, і збройним конфліктом у цьому районі. Такий зв'язок підтверджує і вчинення злочину під час наступу, що є частиною бойових дій³.

Не всі індивідуальні акти поведінки під час воєнного конфлікту підпадають під дію норм МГП, а лише ті, що пов'язані із цим конфліктом. Тому факт учинення злочину в умовах воєнного конфлікту не є достатнім, щоб визнати такий злочин воєнним, зокрема порушенням законів і звичаїв війни. У кожному випадку підлягає доказуванню зв'язок між діянням і воєнними діями, обставинами, з ним пов'язаними⁴.

Для встановлення змісту **«жорстокого поводження»** з військовополоненими або цивільним населенням необхідно насамперед звертатися до переліку серйозних порушень МГП, що містяться у ЖК і ДП (додаток 7). Причому кожен з елементів цього переліку, як і будь-які інші вияви жорстокого поводження, мають відповідати **«мінімальному рівню жорстокості»**, під час визначення якого слід ураховувати всі обставини справи,

¹ Коваль Д. О., Авраменко Р. А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : Truth Hounds ; Одеса : Фенікс, 2019. С. 19.

² Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic (Sentencing Judgement, Appeals Chamber). Case № CVO/ P.I.S./679-E. ICTY. 12 June 2002. URL: <https://www.icty.org/en/sid/8095>

³ Prosecutor v. Sefer Halilovic (Judgement in the Case). Case № JP/MO/1021e. ICTY. 17 November 2005. URL: <https://www.icty.org/en/sid/8517>

⁴ Таран О. В. Обставини, які підлягають доказуванню під час розслідування порушення законів та звичаїв війни. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 7. С. 415.

зокрема сутність і контекст поводження, його тривалість та повторюваність, фізичні, моральні та психічні наслідки, вік, стать і стан здоров'я потерпілого¹.

Загалом жорстоким поводженням слід вважати будь-яку протиправну поведінку (дію або бездіяльність) щодо військовополоненого чи цивільної особи, яка супроводжується насильством над ними або приниженням їх честі та гідності, зокрема:

- катування (ст. 50 ЖК I, ст. 51 ЖК II, ст. 130 ЖК III, ст. 147 ЖК IV);
- нелюдське поводження, зокрема медичні, біологічні, наукові експерименти (ст. 50 ЖК I, ст. 51 ЖК II, ст. 130 ЖК III, ст. 147 ЖК IV, ст. 11 ДП I);²
- фізичне каліцтво (ст. 11 ДП I);
- умисне заподіяння сильних страждань чи серйозних тілесних ушкоджень або шкоди здоров'ю (ст. 50 ЖК I, ст. 51 ЖК II, ст. 130 ЖК III, ст. 147 ЖК IV);
- вилучення органів і тканин людини (ст. 11 ДП I);
- використання військовополоненого для виконання небезпечних і примусових робіт (ст. 52 ЖК III)³.

***Прикладом** жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням є дії військовослужбовців ЗС рф, які в березні 2022 р., перебуваючи в с. Богданівка Броварського району, полонили бійця територіальної оборони села, одягнули йому кайданки та помістили до підвального приміщення, де допитували із застосуванням фізичної сили, залякування та приниження (били прикладом автомата, наступали ногами на кінцівки та погрожували застосуванням зброї). Після катування чоловіка залишили в підвалі без їжі та з мінімальною кількістю води на декілька днів. Згодом його привели до центральної площі с. Богданівка, де за присутності мирних мешканців били, приставляли до голови пістолет і стріляли в повітря.*

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ : Дакор, 2018. С. 1337.

² Наприклад, завдання захопленим у полон у районі м. Іловайськ військовослужбовцям побоїв, застосування до потерпілих електричного струму, здійснення пострілів у них із травматичної зброї, імітація їх розстрілу тощо (Жорстоке поводження з полоненими. *Офіс Генерального прокурора*. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/zhorstoke-povodzhennya-z-polonenimi>).

Акти згвалтування можуть становити катування відповідно до міжнародного звичаєвого права (рішення МТКЮ у справі «Celebici») (Celebici case: the Judgement of the Trial Chamber. The Hague, 16 November 1998 CC/PIU/364-E. URL: <https://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years>).

³ Наприклад, примушування захоплених у полон у районі м. Іловайськ військовослужбовців до збору уламків боєприпасів і розмінування територій слід визнавати використанням для виконання небезпечних та примусових робіт як порушення ст. 52 ЖК III (Жорстоке поводження з полоненими. *Офіс Генерального прокурора*. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/zhorstoke-povodzhennya-z-polonenimi>).

Крім того, військовослужбовець ЗС рф завдав тілесних ушкоджень настоятелю храму в Богданівці, наказав священнослужителю зняти із себе весь одяг, вдягнув йому на голову шапку так, щоб вона закривала очі, липкою стрічкою зв'язав руки за спиною та незаконно допитував¹.

Іншим прикладом такого порушення законів і звичаїв війни будуть дії військовослужбовця ЗС рф ОСОБА_5, який разом з іншими військовими ЗС рф 3 березня 2022 р. у вечірній час, після 18:00, незаконно проник до приватного домогосподарства, де, погрожуючи застосуванням вогнепальної зброї, насильно вивели з приміщення погреб на вулицю ОСОБА_6, ОСОБА_7, ОСОБА_8 і неповнолітнього ОСОБА_9. ОСОБА_6 за наказом ліг на землю долілиць. Його піддано незаконному обшуку, під час якого в ОСОБА_6 знайшли мобільний телефон, у зв'язку з чим йому завдали побоїв, зняли верхній одяг і перевірили тіло на наявність татуювань. Згодом ОСОБА_6 під погрозою застосування зброї вказав місце зберігання рушниці, за що отримав удар прикладом автомата в ділянку грудної клітини. Після цього всіх цивільних насильно поміщено до погребу, де їх незаконно утримували.

Крім того, ОСОБА_5 разом з іншими військовими ЗС рф незаконно проникли до іншого приватного домогосподарства, де під погрозою застосування зброї вивели з погребу цивільних осіб: повнолітніх (ОСОБА_12, ОСОБА_13) та неповнолітніх ОСОБА_14, ОСОБА_15, ОСОБА_16, ОСОБА_17, ОСОБА_18, ОСОБА_19, ОСОБА_20, ОСОБА_21, ОСОБА_22). Погрожуючи вогнепальною зброєю, змусили ОСОБА_21 роздягнутися на подвір'ї за температури повітря нижчої від 0 градусів у присутності інших людей з метою перевірити його тіло на наявність татуювань, що є образливим ставленням до потерпілого, тобто принизили його честь і гідність².

Згвалтування та інші форми сексуального насильства, що мають ознаки катувань, також необхідно розглядати у межах жорстокого поводження з цивільним населенням³. РС МКС як воєнний злочин передбачає згвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусову вагітність, примусову стерилізацію чи будь-яку іншу форму сексуального насильства, яка також становить грубе порушення Женевських конвенцій (ст. 8).

З приводу кореспондування положень договірної МГП, які забороняють сексуальне насильство, із формами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК, К.П. Задоею та О.О. Дудоровим підкреслено: 1) із погляду кваліфікації за ст. 438 КК сексуальне насильство, яке порушує положення договірної МГП, може охоплюватись такими передбаченими ч. 1 цієї статті формами злочину, як «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням»

¹ Жорстоке поводження з військовополоненим і священником – капітану та майору збройних сил РФ повідомлено про підозру. URL: <https://www.gp.gov.ua/ua/posts/zorstoke-povodzennya-z-viiskovopolonenim-i-svyashhennikom-kapitanu-ta-maioru-zbroinix-sil-rf-povidomleno-pro-pidozru>

² Ухвала слідчого судді Деснянського районного суду м. Чернігова від 22 липня 2022 р. Справа № 750/3452/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105408982>

³ Гловюк І. Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді. Право України. 2023. № 5. С. 91.

(перша спеціальна форма) та «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» (універсальна форма); 2) прояви сексуального насильства, які стосуються військовополонених і цивільних осіб, охоплюються першою спеціальною формою злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК; 3) усі інші випадки сексуального насильства, що є порушеннями норм договірної МГП, охоплюються універсальною формою злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК¹.

У певних випадках особа може не вчиняти безпосередньо жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, а лише віддати наказ про вчинення такої дії.

Віддання наказу про вчинення таких дій означає висунення уповноваженою особою вимоги підлеглому про жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням.

Наказ – це пряма вимога у вигляді розпорядження, вказівки, команди тощо². Наказ може бути виданий письмово чи усно, зокрема з використанням технічних засобів зв'язку.

Накази про вчинення дій, описаних у ч. 1 ст. 438 КК, є кримінально протиправними, оскільки порушують норми МГП, тому не належать до обов'язкових для виконання законних наказів. До кримінальної відповідальності в цьому випадку слід притягати як особу, що віддавала такий наказ, так і особу, яка його виконувала.

Суб'єктом віддання наказу може бути:

- 1) військовий начальник (командир);
- 2) особа, яка діє як військовий начальник/командир (наділена фактичною владою віддавати накази підлеглим).

Тобто це особа, яка має офіційні повноваження щодо керівництва та контролю за регулярними й іррегулярними ЗС, зокрема парамілітарними організаціями (мають військовий характер, але формально не входять до офіційних ЗС; це можуть бути, наприклад, підрозділи поліції або незаконні формування на кшталт збройних рухів опору, терористичних організацій тощо) або особа, яка фактично володіє повноваженнями (наділена фактичною владою) віддавати такі накази підлеглим.

Оскільки, відповідно до ч. 1 ст. 438 КК, віддання наказу про вчинення діянь, які є порушенням законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, є окремою формою вчинення злочину, то дії осіб, що віддали такі накази, їх мають кваліфікувати безпосередньо за ч. 1 ст. 438 КК з інкримінуванням зазначеної форми вчинення злочину та без інкримінування підбурювання до (вчинення цього злочину в

¹ Задоя К.П., Дудоров О.О. Сексуальне насильство як воєнний злочин: особливості криміналізації та кваліфікації за законодавством України. Вісник Львівського державного університету внутрішніх справ ім. Е.О. Дідоренка. 2023. Вип. 2 (102). С. 90–110. С. 100.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ : Дакор, 2018. С. 1261.

іншій його формі) іншої форми вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК. У цьому випадку вчинене особою діяння є посяганням на одне правове благо, що *виключає можливість кваліфікації її поведінки як ідеальної сукупності злочинів*¹.

З таких міркувань не слід додатково кваліфікувати дії осіб, які віддали наказ про вчинення діянь, що становлять порушення законів і звичаїв війни, за ч. 3 чи 5 ст. 27 КК та ч. 1 ст. 438 КК, якщо, крім віддання наказу, вони вчиняли ще й організаційні чи пособницькі дії².

Підтвердженням віддання військовослужбовцям рф наказів про порушення законів і звичаїв війни під час військової агресії рф проти України є такий **приклад**. *Заступник командира роти з озброєння військової частини ЗС рф ОСОБА_1 у період з 9 до 28 березня 2022 р., перебуваючи на території окупованого с. Лук'янівка Броварського району Київської обл., користуючись своїми владними повноваженнями та можливостями, надавав злочинні накази підлеглим військовослужбовцям ЗС рф щодо жорстокого поводження з цивільним населенням зазначеного населеного пункту, незаконного присвоєння та знищення їхнього майна, а також вчинення інших дій, що порушують закони та звичаї війни*³.

Віддання наказу про вчинення дій, описаних у ч. 1 ст. 438 КК, є **закінченим злочином з моменту висунення вимоги підлеглому**, а не її виконання.

Жорстоке поводження з цивільним населенням може поєднуватися з умисним вбивством, яке є кваліфікованим видом порушення законів і звичаїв війни (ч. 2 ст. 438 КК) – вчинення будь-якого з діянь, передбачених ч. 1 ст. 438 КК, що *поєднується з умисним убивством*.

Умисне вбивство – один із різновидів серйозного порушення МГП, вказівка на яке міститься, зокрема, у ст. 50 ЖК I, ст. 51 ЖК II, ст. 13, 130 ЖК III, ст. 147 ЖК IV. Це діяння передбачає протиправне заподіяння смерті іншій людині.

Умисне вбивство як воєнний злочин кваліфікують лише за ч. 2 ст. 438 КК, а тому в жодному випадку непотрібно додаткового посилення на ст. 115 КК. Водночас не виключеною є можливість кваліфікації вчиненого за сукупністю, наприклад, у випадку, якщо особа вчинила декілька вбивств, одне з яких належить до категорії воєнних деліктів, а інше – до «загальнокримінальних».

Буквальне тлумачення ч. 2 ст. 438 КК дає підстави стверджувати, що притягнення до кримінальної відповідальності за умисне вбивство можливе лише за умови, якщо позбавлення життя потерпілого супроводжувалося іншим

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ : Дакор, 2018. С. 1338.

² Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.] ; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та доповн. Київ : Дакор, 2018. С. 1338.

³ Ухвала Солом'янського районного суду м. Києва від 15 липня 2022 р. Справа № 760/6123/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105351544>

серйозним порушенням норм МГП (було його передбачуваним наслідком). Однак у цьому випадку слід застосовувати обмежувальне тлумачення, адже відповідно до зазначених вище норм умисне вбивство – це самостійне порушення норм МГП, що має серйозний характер. Отже, умисне вбивство як воєнний злочин слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 438 КК незалежно від того, поєднувалося воно з іншим порушенням законів і звичаїв війни чи ні. У разі, якщо умисне вбивство все-таки було поєднано з порушеннями, перелік яких міститься в ч. 1 ст. 438 КК, наприклад, застосуванням заборонених засобів і методів ведення війни, дії винного слід кваліфікувати лише за ч. 2 ст. 438 КК без посилання на ч. 1 цієї статті.

Наприклад, у період з 3 до 4 березня 2022 р. ОСОБА_1 разом з іншими озброєними автоматичною зброєю військовослужбовцями ЗС рф, виконуючи накази вищого військового керівництва ЗС рф, перебуваючи в с. Ягідне Чернігівського р-ну Чернігівської обл., залякуючи людей і погрожуючи застосуванням вогнепальної зброї, помістили мешканців села в приміщення підвалу школи, де їх насильно утримували.

Приміщення підвалу школи не обладнане вентиляційними засобами доступу свіжого повітря, не мало штучного та природного освітлення, водопостачання та водовідведення, вбиралень, меблів для сидіння та спальних місць, засобів приготування їжі, через антисанітарні умови було не придатне до нормального проживання. Тому приміщення до нього значної кількості цивільних (347 людей, серед яких – 77 дітей) безпосередньо загрожувало їх життю та здоров'ю.

Через нелюдські умови утримання та жорстоке поводження з боку військовослужбовця ОСОБА_1 та інших військовослужбовців ЗС рф у період з 9 до 28 березня 2022 р. в с. Ягідному померло декілька осіб з числа цивільного населення.

Тому ОСОБА_1 підозрюють у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 438 КК, а саме в жорстокому поводженні з цивільним населенням і порушенні законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, що поєднані з умисним вбивством¹.

¹ Ухвала Деснянського районного суду м. Чернігова від 21 липня 2022 р. Справа № 750/3452/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105366447>

Розділ 2. Кваліфікація жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням за суб'єктивними ознаками

2.1. Суб'єкт і суб'єктивна сторона злочину

Суб'єкт злочину загальний (фізична осудна особа, якій виповнилося 16 років). Це особи, які відповідно до норм МГП можуть мати різний статус: комбатанти і некомбатанти, цивільні особи, шпигуни, найманці тощо (як з боку держави-агресора, так і з боку України).

Під час агресії рф проти України воєнні злочини, відповідальність за які передбачена ст. 438 КК, здебільшого вчиняють військовослужбовці ЗС рф, члени ПВК рф, учасники НЗФ «ДНР» та «ЛНР». Це передусім громадяни рф та «громадяни» «ДНР» і «ЛНР», а в окремих випадках – громадяни України й інших країн.

Відповідальність за воєнні злочини може наставати і у випадку їх вчинення на підставі наказу начальника. МГП передбачає, що кожен комбатант зобов'язаний відмовитися виконувати явно незаконний наказ, і той факт, що підлеглий вчинив злочин за наказом командира, не звільняє підлеглого від кримінальної відповідальності, якщо він знав або повинен був знати, що дія, про вчинення якої було віддано наказ, має незаконний характер¹.

Водночас **суб'єкт віддання наказу** про вчинення дій, передбачених у ч. 1 ст. 438 КК, – **спеціальний**. Це військовий начальник чи військовий командир, особа, яка діє як військовий начальник чи командир, особа, яка фактично володіє повноваженнями (наділена фактичною владою) віддавати накази підлеглим (див. підрозділ 1.8).

Військовослужбовці військових формувань України несуть кримінальну відповідальність за ст. 438 КК лише в тих випадках, якщо вчинені ними воєнні делікти не охоплені ст. 432, 433, 434, 435 КК.

У контексті дослідження суб'єкта цього злочину увагу слід зосередити на визначенні його статусу. Статус суб'єкта злочину необхідно відобразити у відповідних процесуальних документах. Наприклад, статус комбатанта може засвідчувати належність особи як військовослужбовця до певної військової частини, а також його участь у збройному конфлікті. Зокрема, у *вироку Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. зазначено, що командир відділення військової частини НОМЕР_1 ЗС рф ОСОБА_10, маючи особисту автоматичну вогнепальну зброю, разом з іншими не встановленими досудовим розслідуванням особами, зокрема військовослужбовцями «13 гвардейского танкового Шепетовского Краснознамённого, орденов Суворова и Кутузова полка» військової частини НОМЕР_1 та керівним складом ЗС рф, вирушив з м. Грайворон Белгородської обл. рф у напрямку російсько-українського кордону та близько 9 год. ранку цього дня перетнув*

¹ Зміцнення поваги до міжнародного гуманітарного права : посіб. для народ. деп. України. МКЧХ. 2-ге вид., 2021. С. 75.

державний кордон України в Сумській обл., а тому, відповідно до ст. 43 ДП І, мав статус комбатанта¹.

У МЗК, що відбувається в Україні, з боку рф беруть участь представники ПВК, найманці й іноземні громадяни, тому необхідно визначити їхній статус відповідно до норм МГП: вони комбатанти, найманці² чи учасники НЗФ? Такий статус визначає особливості відповідальності зазначених суб'єктів, зокрема можливість застосування до них імунітету комбатанта.

Статус учасника ПВК, який бере безпосередню участь у воєнних діях, залежить передусім від його громадянства та факту входження до складу ЗС сторони МЗК. А отже, його може бути визнано:

- 1) комбатантом (якщо входить до складу ЗС сторони МЗК незалежно від громадянства, оплати праці тощо);
- 2) найманцем (якщо не має громадянства сторони конфлікту, одержує матеріальну винагороду, не входить до складу ЗС сторони конфлікту);
- 3) учасником НЗФ (якщо не має статусу комбатанта чи найманця).

Щодо *статусу учасників ПВК «Вагнер»* ситуація неоднозначна. ПВК «Вагнер» є російським недержавним збройним формуванням з невизначеним правовим статусом. У деяких країнах цю організацію визнано терористичною або злочинною. Офіційно вона зареєстрована лише в січні 2023 р. як акціонерне товариство «ЧВК Вагнер Центр», що здійснює «консалтинг комерційної діяльності та управління», тобто статусу принаймні охоронної компанії організація не має. Про правові аспекти її співпраці з Міноборони рф (наявність договорів підряду тощо) теж відомостей немає. Вочевидь, у складі російської армії «вагнерівці» воюють неофіційно, про що публічно заявляв її керівник. Однак «вагнерівців» можна вважати частиною армії рф, оскільки в Україні вони працюють виключно під керівництвом МО рф. Переважно це громадяни рф, інтегровані в ЗС рф, а тому вони прирівнюються до звичайних російських солдатів. Водночас їх діяльність в країнах Африки може бути визнана класичним найманством³.

Іноземців, які беруть участь у МЗК, може бути визнано *комбатантами*, якщо вони офіційно входять до складу ЗС сторони конфлікту, або *найманцями* – якщо вони не входять до складу ЗС сторони конфлікту й одержують за свої дії матеріальну винагороду.

¹ Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. Справа № 760/5257/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>

² Ознаки комбатантів і найманців детально висвітлено в підрозділі 1.3 посібника.

³ Раєвський Д., Спірін Є. «Вагнерівці» – це найманці? Чим найманці відрізняються від приватних військових компаній? Коли з'явилися перші? Чому їх не судять? – відповідаємо на прості запитання про найманців, ПВК та їхню історію. *Бабель*. 21 лют. 2023. URL: <https://babel.ua/texts/90776-vagnerivci-ce-naymanci-chim-naymanci-vidriznyayutsya-vid-privatnih-viyskovih-kompaniy-koli-z-yavilisya-pershi-chomu-jih-ne-sudyat-vidpovidayemo-na-prosti-zapitannya-pro-naymanciv-pvk-ta-jihnyu-istoriy>; Соколова Г. Як в Україні судять найманців, які воюють на боці Росії. *Deutsche Welle*. 5 квіт. 2023 р. URL: <https://www.dw.com/uk/ak-v-ukraini-sudat-najmanciv-aki-vouut-na-boci-rosii/a-65230310>

Учасників ПВК та іноземців можуть вважати суб'єктами воєнних злочинів незалежно від факту визнання їх комбатантами, хоча статус останнього надає їм право на імунітет від кримінальної відповідальності за участь у МЗК.

Важливо привернути увагу до **строків давності й особливостей реалізації кримінальної відповідальності** за воєнні злочини. У випадку вчинення злочину, передбаченого ст. 438 КК, строки давності не застосовують, а тому особи, які порушили закони та звичаї війни, не можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності у зв'язку із закінченням строків давності (ч. 5 ст. 49 КК) та від відбування покарання у зв'язку із закінченням строків давності виконання обвинувального вироку (ч. 6 ст. 80 КК).

Засудженого за ст. 438 КК можуть звільнити від відбування покарання на підставі ст. 84-1 КК у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про його передачу для обміну як військовополоненого та за наявності його письмової згоди на проведення такого обміну¹. У юридичній літературі неодноразово акцентовано на проблемах, які постають під час застосування цієї норми². Ідеться передусім про те, що фактично воєнні злочинці залишаються

¹ Порядок обміну військовополоненими, політичний за замовчуванням, адже МГП не регулює це питання. Протягом 2014–2022 рр. обміни відбувалися ad hoc та здійснювалися різними органами влади залежно від контактів з іншою стороною (Крапивін Є., Павлюк А. Статус «Військовополонений» – новий виклик для системи правосуддя в Україні? Discussion paper. 10 черв. 2022. URL: <https://justtalk.com.ua/post/status-vijskovopolonenij--novij-viklik-dlya-sistemi-pravosuddya-v-ukraini-discussion-paper>).

² Вознюк А. А. Звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого: проблеми теорії та практики. *Актуальні проблеми нормативно-правового визначення статусу військовополонених* : матеріали міжвідом. наук.-практ. конф. (Київ, 10 листоп. 2022 р.) / [редкол.: С. С. Чернявський, Є. Ю. Бараш, В. В. Корольчук]. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 40–46; Вознюк А. А., Письменський Є. О. Кримінально-правовий механізм передачі засудженого для обміну як військовополоненого: актуальні проблеми та способи їх розв'язання. *Київський часопис права*. 2022. № 4. С. 111–120. DOI <https://doi.org/10.32782/klj/2022.4.17>; Вознюк А. А., Письменський Є. О. Передача засудженого для обміну як військовополоненого: кримінально-правові аспекти звільнення від відбування покарання. *Київський часопис права*. 2022. № 3. С. 112–120. DOI <https://doi.org/10.32782/klj/2022.3.17>; Гловюк І. В., Тетерятник Г. К. Питання унормування належної правової процедури кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 8. С. 478–483; Музика А. А. Закон України щодо врегулювання процедури обміну військовополонених як приклад породження міжгалузевих колізій. *Актуальні проблеми нормативно-правового визначення статусу військовополонених* : матеріали міжвідом. наук.-практ. конф. (Київ, 10 листоп. 2022 р.) / [редкол.: С. С. Чернявський, Є. Ю. Бараш, В. В. Корольчук]. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 116–124; Орловська Н. А. Актуальні питання ст. 84-1 КК в контексті обміну військовополонених. *Актуальні проблеми нормативно-правового визначення статусу військовополонених* : матеріали міжвідом. наук.-практ. конф. (Київ, 10 листоп. 2022 р.) / [редкол.: С. С. Чернявський, Є. Ю. Бараш, В. В. Корольчук]. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 138–143; Пашковський М. І. Про колізію інституту обміну військовополонених та інших осіб під час збройного конфлікту з зобов'язаннями кримінального переслідування і покарання осіб, винних у вчиненні міжнародних злочинів.

непокараними і втрачається перспектива їх покарання в майбутньому. Тому постає потреба створити альтернативні механізми передання воєнних злочинців для обміну, зокрема запровадження підстави для відстрочення виконання покарання чи виконання вироку у зв'язку з переданням засудженого для обміну як військовополоненого, або передбачити спеціальний вид звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 438 КК, залежить від виду вчиненого кримінально протиправного діяння і здебільшого характеризується прямим умислом: винний усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння та бажає його вчинити.

У випадку умисного вбивства (ч. 2 ст. 438 КК) можливий як прямий, так і непрямий умисел. Тобто особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає його суспільно небезпечні наслідки й безпосередньо бажає настання наслідків у вигляді смерті потерпілого (прямий умисел) або свідомо припускає їх настання, прямо цього не бажаючи (непрямий умисел). Як приклад прямого умислу можна навести справу Шишимаріна, у якій військовослужбовець ЗС рф за наказом іншого військовослужбовця з автомата Калашникова вбив цивільну особу пострілом у голову¹. Натомість непрямий умисел може бути характерним, наприклад, для випадків, коли дії військовослужбовців рф щодо мордування людей, яких насильно утримували, не забезпечуючи питною водою та їжею, призвели до смерті цивільних осіб.

В усіх випадках особа має усвідомлювати наявність збройного конфлікту, а також той факт, що вона діє в контексті цього конфлікту. Не передбачено вимог щодо того, що суб'єкт цього злочину повинен знати МГП (наприклад, чітко розрізняти МЗК і НМЗК, знати весь перелік осіб, що підлягають захисту відповідно до норм МГП)². Наявність збройного конфлікту є не лише об'єктивною умовою для кваліфікації злочинного характеру діяння та для здійснення юрисдикції Міжнародним кримінальним судом, - воно також має відбиватися у свідомості суб'єкта³.

У ст. 30 Статуту МКС зазначено, що злочини (до них відносяться воєнні злочини – прим. автора) вчиняються «умисно і свідомо». Поняттям «умисел» охоплюються випадки: а) наявність наміру вчинити таке діяння (стосовно діяння); б) наявність наміру спричинити наслідок або усвідомлення його настання за звичайного перебігу подій (стосовно наслідку) [5]. Поняття «усвідомлення» означає розуміння того, що обставина існує або що наслідок

Актуальні проблеми приватного та публічного права : матеріали IV Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-річчю з дня народж. Процевського О. І. (Харків, 21 трав. 2022 р.). Харків, 2022. С. 443–447; Чернова О. Закон про обмін полоненими: наслідки для кримінальної юстиції. *Just talk*. 9 берез. 2023 р. URL: <https://justtalk.com.ua/post/zakon-pro-obmin-poloneniimi-naslidki-dlya-kriminalnoi-yustitsii>

¹ Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. Справа № 760/5257/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>

² Кримінальна відповідальність за воєнні злочини : вебінар О. Сенаторової. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=dmq3yJIFqZ4y>

³ K. Dörmann. *International Review of the Red Cross* (2000), ст.771, на ст. 780.

настане за звичайного перебігу подій. «Усвідомлювати» і «свідомо», наголошено в нормі закону, повинні тлумачитися відповідно¹.

Поняттям «усвідомлення» охоплюється інтелектуальний компонент змісту умислу, який в даному випадку полягає в усвідомленні злочинцем протиправного характеру вчинюваного ним діяння. Винний усвідомлює, що поводить з військовополоненим чи цивільною особою жорстоко всупереч встановленим нормам і правилам, грубо їх порушуючи, і бажає поводитись із ними таким чином. Відповідно, вольовий момент умислу в жорстокому поводженні з військовополоненим чи цивільною особою – в бажанні вчинити зазначене діяння. Даний злочин не може бути вчинений із непрямым умислом, оскільки відповідальність за протиправне діяння, вчинене з непрямым умислом, настає лише при реальному спричиненні суспільно небезпечних наслідків. Настання таких наслідків не має значення під час кваліфікації жорстокого поводження з військовополоненим чи цивільною особою – психічне ставлення суб'єкта злочину переноситься винятково на діяння, тим самим унеможливаючи його вчинення з непрямым умислом.

Таким чином, жорстоке поводження з військовополоненими та цивільним населенням вчиняється тільки умисно. Цей тяжкий злочин не може бути вчинений через необережність. При цьому, особа, якій інкримінується його учинення, повинна мати намір скоїти протиправні дії та усвідомлювати фактичні обставини існування збройного конфлікту (війни).

1.4. Відмежування від інших кримінальних правопорушень

Порушення законів і звичаїв війни має спільні риси із «загальнокримінальними» злочинами, оскільки частина об'єктивних та суб'єктивних ознак цих деліктів може збігатися. Тому такі кримінально протиправні діяння, як умисне вбивство, завдання тілесних ушкоджень, катування, зґвалтування, незаконне позбавлення волі, захоплення заручників, незаконне заволодіння майном тощо, можуть в одних випадках бути визнані воєнними, а в інших – «загальнокримінальними» злочинами (кримінальними проступками).

Контекстуальний елемент як концептуальний критерій розмежування. Найважливішим критерієм розмежування зазначених груп деліктів є контекстуальний елемент – зв'язок між збройним конфліктом і вчиненням злочину, що передбачає наявність збройного конфлікту й усвідомлення суб'єктом злочину його існування (див. підрозділ 1.2). Якщо контекстуальний елемент наявний, вчинене за певних обставин слід

¹ Римський Статут Міжнародного кримінального суду : ратифіковано із заявами та поправками до нього Законом № 3909-IX від 21.08.2024. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text/

кваліфікувати за ст. 438 КК, а якщо немає – за іншими статтями КК (115, 121, 127, 146, 147, 152, 187, 289 тощо).

Конкуренція кримінально-правових норм. Якщо вчинене діяння цілком охоплене ст. 438 КК, правила щодо конкуренції кримінально-правових норм (насамперед конкуренції загальної та спеціальної норм) не застосовують. Тому, наприклад, згвалтування чи умисне вбивство як воєнний злочин цілком охоплені ст. 438 КК незалежно від кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак і не потребують додаткової кваліфікації за ст. 152 та 115 КК.

Водночас є певні **винятки** (вони пов'язані з наявністю інших норм, що містять підстави кримінальної відповідальності за воєнні злочини):

1. *Насильство над населенням у районі воєнних дій*, вчинене суб'єктом злочину, передбаченого ст. 401 КК, кваліфікують лише за ст. 433 КК.

2. *Погане поводження з військовополоненими*, вчинене суб'єктом злочину, передбаченого ст. 401 КК, кваліфікують лише за ст. 434 КК.

Якщо внаслідок жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням суб'єктом злочину, передбаченого ст. 401 КК, вчинено умисне вбивство, діяння кваліфікується за ч. 2 ст. 438 КК.

Ці винятки переважно стосуються воєнних злочинів, які, імовірно, помилково розміщено серед військових злочинів у розділі XIX. Головна відмінність злочинів, передбачених ст. 433, 434 КК, від порушення законів і звичаїв війни (ст. 438 КК) у суб'єкті, ознаки якого визначено в ст. 401 КК (ідеться про українських військовослужбовців під час несення або проходження військової служби, а також військовозобов'язаних і резервістів під час проходження зборів).

Відмежування жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням (ст. 438 КК України) від поганого поводження з військовополоненими (ст. 434 КК України)

Одним із проблемних питань кримінально-правової кваліфікації є відмежування жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням, передбаченого ст. 438 КК України, від поганого поводження з військовополоненими, відповідальність за яке встановлена ст. 434 КК України. Незважаючи на певну схожість окремих об'єктивних ознак, зазначені склади кримінальних правопорушень мають істотні відмінності за юридичною природою, безпосереднім об'єктом, суб'єктом та сферою застосування.

Насамперед слід враховувати, що стаття 438 КК України встановлює відповідальність за воєнний злочин, який полягає у порушенні законів та звичаїв війни, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Жорстоке поводження з військовополоненими та цивільним населенням є одним із найбільш тяжких порушень міжнародного гуманітарного права та охоплюється диспозицією цієї статті.

Натомість стаття 434 КК України передбачає відповідальність за військове кримінальне правопорушення, що посягає насамперед на встановлений порядок несення військової служби та виконання Україною міжнародних зобов'язань щодо поводження з військовополоненими.

Основною розмежувальною ознакою є суб'єкт кримінального правопорушення. Суб'єктом злочину, передбаченого ст. 434 КК України, може бути виключно військовослужбовець або інша особа, визначена ст. 401 КК України, тобто спеціальний суб'єкт військового кримінального правопорушення. Натомість суб'єктом порушення законів та звичаїв війни, передбаченого ст. 438 КК України, є будь-яка осудна фізична особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності та вчинила відповідне діяння в умовах міжнародного збройного конфлікту.

Відмінності стосуються також кола потерпілих. Стаття 434 КК України охоплює лише випадки поганого поводження з військовополоненими, тоді як ст. 438 КК України передбачає відповідальність за жорстоке поводження як із військовополоненими, так і з цивільним населенням, а також іншими особами, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права.

Суттєве значення має й характер суспільно небезпечного діяння. Жорстоке поводження у розумінні ст. 438 КК України становить серйозне порушення міжнародного гуманітарного права і, як правило, виражається у катуванні, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженні, умисному заподіянні сильних фізичних чи психічних страждань, незаконних медичних експериментах, сексуальному насильстві, умисному позбавленні життя або інших тяжких порушеннях Женевських конвенцій.

Поняття «погане поводження», використане у ст. 434 КК України, є ширшим за своїм змістом і може охоплювати порушення встановлених правил тримання військовополонених, неналежне забезпечення їх харчуванням, медичною допомогою, умовами проживання чи інші порушення режиму утримання, які не завжди досягають рівня тяжких порушень міжнародного гуманітарного права. Разом із тим якщо дії військовослужбовця набувають характеру жорстокого поводження, що відповідно до міжнародного гуманітарного права становить тяжке порушення законів та звичаїв війни, вони підлягають кваліфікації за ст. 438 КК України, а не за ст. 434 КК України.

Зазначений підхід підтверджується принципом *lex specialis derogat legi generali*. Якщо діяння повністю відповідає ознакам воєнного злочину, передбаченого ст. 438 КК України, застосування ст. 434 КК України виключається. Водночас у випадках, коли спеціальний суб'єкт вчиняє дії, які охоплюються лише диспозицією ст. 434 КК України та не становлять тяжкого порушення міжнародного гуманітарного права, кримінально-правова оцінка здійснюється саме за цією нормою.

Отже, під час розмежування ст. 438 та ст. 434 КК України необхідно враховувати чотири основні критерії:

- юридичну природу кримінального правопорушення (воєнний злочин або військове кримінальне правопорушення);

- ознаки суб'єкта (загальний чи спеціальний);

- коло потерпілих (лише військовополонені або військовополонені й цивільне населення);

- ступінь тяжкості порушення міжнародного гуманітарного права та його відповідність ознакам тяжкого порушення Женевських конвенцій.

Відмежування жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням (ст. 438 КК України) від геноциду (ст. 442 КК України)

Одним із найбільш складних питань кримінально-правової кваліфікації міжнародних злочинів є відмежування жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням як форми порушення законів та звичаїв війни від геноциду. Попри те, що обидва кримінальні правопорушення можуть супроводжуватися однаковими за зовнішнім проявом діями, зокрема вбивствами, катуванням, заподіянням тяжких тілесних ушкоджень, сексуальним насильством або створенням нестерпних умов існування, їх юридична природа, конструкція складу кримінального правопорушення та мета істотно відрізняються.

Насамперед ці кримінальні правопорушення мають різний безпосередній об'єкт кримінально-правової охорони. Жорстоке поводження, передбачене ст. 438 КК України, посягає на встановлений міжнародним гуманітарним правом порядок ведення війни, права осіб, які перебувають під захистом Женевських конвенцій, а також міжнародний правопорядок під час збройного конфлікту. Натомість геноцид (ст. 442 КК України) спрямований на охорону права на існування національної, етнічної, расової чи релігійної групи як такої.

Основною розмежувальною ознакою є спеціальна мета, яка є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони геноциду. Відповідно до ст. 442 КК України, винна особа повинна діяти з метою повного або часткового знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи. Саме наявність такого спеціального умислу (*dolus specialis*) є визначальною ознакою геноциду.

На відміну від цього, під час вчинення жорстокого поводження з військовополоненими чи цивільним населенням спеціальна мета знищення захищеної групи не є обов'язковою. Мотиви винної особи можуть бути різними: залякування населення, примушування до співпраці, отримання інформації, покарання, помста, дискримінація, демонстрація сили, приниження людської гідності або інші цілі, однак вони не охоплюють наміру знищити певну групу як таку.

Суттєві відмінності існують і щодо потерпілих. За ст. 438 КК України потерпілими можуть бути військовополонені, цивільне населення, поранені, хворі, медичний персонал, гуманітарний персонал та інші особи, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права. Для геноциду потерпілими можуть бути лише представники національної, етнічної, расової або релігійної групи, яка є об'єктом наміру щодо її повного або часткового знищення.

Відрізняється також контекст учинення кримінального правопорушення. Для кваліфікації за ст. 438 КК України обов'язковою є наявність зв'язку між діями і міжнародним збройним конфліктом. Геноцид може бути вчинений як під час війни, так і в мирний час, оскільки міжнародне право не пов'язує його існування виключно зі збройним конфліктом.

У практичній діяльності особливі труднощі виникають у випадках масових убивств, катувань або інших актів насильства щодо цивільного населення. Сам по собі великий масштаб злочинів або значна кількість

потерпілих ще не свідчать про наявність геноциду. Для кваліфікації за ст. 442 КК України необхідно встановити сукупність доказів, які підтверджують саме спеціальний умисел на знищення відповідної захищеної групи. Такими доказами можуть бути офіційні накази, програмні документи, висловлювання політичного чи військового керівництва, системний характер переслідування певної групи населення, вибір потерпілих виключно за ознакою їх належності до такої групи та інші обставини, що свідчать про існування відповідного наміру.

Якщо жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням одночасно є способом реалізації умислу на знищення захищеної міжнародним правом групи, дії винної особи можуть утворювати сукупність кримінальних правопорушень, передбачених ст. 438 та ст. 442 КК України. У такому разі кваліфікація здійснюється з урахуванням фактичних обставин справи та доведеності спеціального умислу, який є обов'язковою ознакою складу геноциду.

Таким чином, основними критеріями відмежування жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням від геноциду є:

- безпосередній об'єкт кримінально-правової охорони;
- спеціальна мета повного або часткового знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи;
- коло потерпілих;
- контекст учинення кримінального правопорушення (для ст. 438 КК України обов'язковим є зв'язок зі збройним конфліктом);
- характер умислу, який при геноциді має спеціальний характер (*dolus specialis*), тоді як при жорстокому поводженні достатнім є прямий або непрямий умисел щодо вчинення відповідного порушення законів та звичаїв війни.

З практичної точки зору, саме встановлення спеціального наміру на знищення захищеної групи є ключовою ознакою, яка дозволяє відмежувати геноцид від жорстокого поводження як форми порушення законів та звичаїв війни. За відсутності такого наміру навіть надзвичайно жорстокі дії, вчинені під час міжнародного збройного конфлікту, підлягають кваліфікації за ст. 438 КК України, а не за ст. 442 КК України.

Додаток 1. Вироки за ст. 438 КК

Вирок	Стислий зміст вчиненого діяння	Кваліфікація	Призначене покарання
Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15 грудня 2021 р. Справа № 243/6186/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101948384	Учасник НЗФ «ДНР» громадянин України Особа-5, застосовуючи фізичне та психологічне насильство, зокрема шляхом погрози розстрілом цивільній Особі-8 та військовополоненому Особі-9, а також застосувавши удар прикладом у спину останньому, примусив їх виконувати різноманітні роботи господарського характеру, а також здійснював відеофіксацію імітації розстрілу цивільної Особи-10	Жорстоке поводження з військовополоненим або цивільним населенням (ч. 5 ст. 27 ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 9 р. Остаточне покарання за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 258-3, ч. 5 ст. 27 ч. 1 ст. 438 КК – позбавлення волі на строк 11 р.
9. Вирок Солом'янського суду м. Києва від 26 вересня 2022 р. Справа № 760/4174/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/106808179	Військовослужбовець ЗС рф Особа-5, обіймаючи посаду заступника командира роти по озброєнню військової частини ЗС рф, перебуваючи на окупованій території, віддавав злочинні накази підлеглим військовослужбовцям щодо жорстокого поводження з цивільним населенням, незаконного присвоєння та знищення їх майна та вчинення інших дій, що порушують закони та звичаї війни (погрожував фізичною розправою журналісту)	Жорстоке поводження з цивільним населенням та інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, а також віддання наказів про вчинення таких дій (ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 9 р.
10. Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 17 листопада 2022 р. Справа № 369/9950/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107577	Військовослужбовці ЗС рф Особа-6 та Особа-7 разом іншими військовослужбовцями ЗС рф, перебуваючи в приватному будинку, з метою придушення і залякування проукраїнські налаштованих осіб з числа місцевого населення, застосовували	Жорстоке поводження з цивільним населенням та інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними	Позбавлення волі на строк 12 р.

110	фізичне насильство та погрозували вогнепальною зброєю особам чоловічої статті, які перебували у будинку (Особі-9, Особі-10, Особі-11, Особі-12), а також застосовували психологічне насильство відносно жінок та малолітніх дітей (Особі-13, Особи-14, Особи-15, Особи-16, Особи-17, Особи-18). Крім цього, Особа-6 та Особа-7 разом із іншими невстановленими військовослужбовцями ЗС рф в ході огляду особистих речей потерпілих з корисливих мотивів незаконно заволоділи грошима та ювелірними виробами із золота , що належали потерпілим	договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ (ч. 1 ст. 438 КК) Порушено вимоги ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р., ст. 32 ЖК IV, ст. 51, 52, 75 ДП I	
11. Вирок Бобровицького районного суду Чернігівської області від 24 листопада 2022 р. Справа № 729/574/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107481395	Військовослужбовець ЗС рф Особа-6 за попередньою змовою групою осіб із іншими військовослужбовцями ЗС рф, погрожуючи розстрілом, відібрали у цивільної Особи-4 мобільні телефони, системний блок від персонального комп'ютера та гроші. У подальшому Особу-4 примусово відвезли до іншого місця, де допитували та звинувачували у шпигунстві на користь ЗСУ. Не отримавши необхідних відомостей, Особу-4 помістили до погребу, де утримували в неналежних санітарних та температурних умовах без належного забезпечення харчуванням та питною водою, постійно застосовуючи психологічний тиск, погрози фізичного та сексуального насильства	Жорстоке поводження з цивільним населенням та як порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ (ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 10 р.
12. Вирок Бобровицького районного суду Чернігівської області від 25 листопада 2022 р. Справа	Військовослужбовець ЗС рф Особа-3, діючи за попередньою змовою групою осіб із іншими військовослужбовцями ЗС рф, у порушення вимог ст. 27, 31-34, ЖК IV, ст. 75-77 ДП I умисно вчинили дії щодо жорстокого	Жорстоке поводження з цивільним населенням та як порушення законів і звичаїв війни, що	Позбавлення волі на строк 11 р.

№ 729/592/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/107503138	поводження з цивільними особами. Так, Особа-3 з метою подолання можливого опору з боку Особи-5, який був вітчимом Особи-7, вчинив психічне насильство відносно Особи-5 та малолітнього Особи-8, а саме: навівши приціл автомату у їх сторону, змусив Особу-5 стати на коліна, після чого висловив погрози вбити їх у випадку вчинення будь-яких дій на захист неповнолітньої Особи-7. У цей час інший військовослужбовець вчинив сексуальне насильство щодо неповнолітньої Особи-7. У подальшому Особа-3 разом з іншим військовослужбовцем насильно вивели Особу-5 на подвір'я та навівши приціл автомату на голову останнього, намагались змусити вжити алкогольні напої на знак перемоги військ рф у збройному конфлікті з Україною	передбачені міжнародними договорами, згода наобов'язковість яких надана ВРУ за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 28 ч. 1 ст. 438 КК)	
13. Вирок Подільського районного суду міста Києва від 19 грудня 2022 р. Справа № 758/14216/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108048620	Колишні працівники СБУ, громадяни України Особа-3 та Особа-4, які вступили до ФСБ рф, разом з Особою-1 та Особою-2 за попередньою змовою викрали учасника Революції Гідності Особу-8 та катували його для отримання зізнання у вчиненні убивств працівників міліції під час подій на Майдані Незалежності у м. Києві, а також підготовки диверсій на території АРК	Катування та нелегальне ув'язнення , що становить серйозне порушення ЖК IV, тобто порушення законів та звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ (ч. 1 ст. 438 КК)	Особі-3 призначено позбавлення волі на строк 10 р. з позбавленням військового звання капітана Особі-4 призначено позбавлення волі на строк 9 р. з позбавленням військового звання майора
14. Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 23 грудня 2022 р. Справа № 535/2922/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108048620	Громадяни рф учасники ПВК «Редут» Особа-4 та Особа-5, а також військовослужбовці ЗС рф Особа-6 та Особа-7 за попередньою змовою викрадали цивільних осіб, незаконно утримували їх в земляних ямах в умовах	Жорстоке поводження з цивільним населенням та порушення законів та звичаїв війни, що передбачені	Усім співучасникам призначено позбавлення волі на строк 11 р.

ov.ua/Review/108042992	відсутності достатньої кількості води та продуктів харчування, а також катували з метою отримання відомостей про учасників АТО	міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 28 ч. 1 ст. 438 КК)	
16. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 10 січня 2023 р. Справа № 748/2272/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108302451	Військовослужбовець ЗС рф Особа-3 спільно з іншими військовослужбовцями ЗС рф незаконно проникли на територію домоволодіння, де погрожуючи застосуванням вогнепальної зброї, примусово загнали до погребу Особу-7, Особу-8, неповнолітню Особу-9 та Особу-6, чим позбавили їх свободи і порушили вимоги ст. 27, 31, 32, 34, 147 ЖК IV та ч. 1, 2 ст.75 ДП I. Потерпілих утримували в умовах відсутності достатньої кількості води та продуктів харчування, їм не дозволяли виходити навіть для справляння природних потреб	Жорстоке поводження з цивільним населенням, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ (ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 10 р.
17. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 січня 2023 р. Справа № 748/1773/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/108357178	Військовослужбовці ЗС рф Особа-4, Особа-5 та Особа-6 разом з іншими військовослужбовцями ЗС рф, погрожуючи застосуванням вогнепальної зброї, насильно вивели з погребу на вулицю потерпілих, котрі перебували в ньому, а саме: Особу-18, Особу-19, Особу-20 та неповнолітнього Особу-21. У подальшому військовослужбовці ЗС рф побили Особу-18, зняли з нього верхній одяг та при низькій температурі повітря перевіряли тіло на наявність татуювань, чим вчинили образливе ставлення до потерпілого та принизили його честь та гідність. У подальшому всіх потерпілих продовжували	Жорстоке поводження з цивільним населенням (ч. 1 ст. 438 КК)	Усім співучасникам призначено позбавлення волі на строк 12 р.

	незаконно утримувати в погребі		
19. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 17 лютого 2023 р. Справа № 748/1824/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109074116	Військовослужбовець ЗС рф Особа-3 за попередньою змовою групою осіб з іншими військовослужбовцями ЗС рф в порушення вимог ст. 31-33, 147 ЖК IV, ст. 75 ДП I, протиправно утримував зв'язаного пораненого Особу-6 з мішком на голові в приміщенні магазину, яке в холодну пору року не опалювалося, без надання необхідної медичної допомоги, їжі, води та можливості справляти природні потреби, а також катував його з метою отримання інформації про імовірну співпрацю Особи-6 із ЗСУ	Порушення законів і звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ, а саме жорстоке поводження з цивільним населенням (ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 12 р.
22. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 08 березня 2023 р. Справа № 748/22/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109438873	Військовослужбовець ЗС рф Особа-3, будучи озброєним вогнепальною зброєю, незаконно проник на територію приватного домоволодіння, де погрожуючи застосуванням вогнепальної зброї, примусово вигнав з підвалу на подвір'я потерпілих Особу-6 та Особу-7 та погрожуючи вбивством, заволодів їх майном (телефоном, ноутбуком, грошима), чим порушив вимоги ст. 27, 31, 32, 33 ЖК IV та ч. 1, 2 ст. 75 ДП I	Жорстоке поводження з цивільним населенням та інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ (ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 12 р.
23. Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 27 березня 2023 р. Справа № 369/7906/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/109824184	Військовослужбовець ЗС рф Особа-10 за попередньою змовою групою осіб із іншими військовослужбовцями ЗС рф, у порушення вимоги ст. 51 та 75 ДП I, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, погрожуючи зброєю, зупинив автомобіль у складі автоколонії цивільного населення, наказав Особі-7 та Особі-8 вийти з машини, зняти увесь одяг вище поясу. Помітивши в Особі-8 татуювання, звинуватив його у використанні нацистської свастики, вдарив прикладом по голові та прицілився з	Порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ (ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 12 р.

	вогнепальної зброї, проте в подальшому відійшов		
26. Вирок Макарівського районного суду Київської області від 20 квітня 2023 р. Справа № 370/179/23. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/110354341	Військовослужбовець ЗС рф Особа-7 в порушення ч. 1, 2, 3 ст. 52 ДП І, здійснив напад на цивільний об'єкт та в порушення ст. 3, 31-32 ЖК IV та ч. 2 ст. 51 ДП І жорстоко повівся з цивільною особою, зокрема, здійснив незаконне позбавлення волі громадянина України Особу-6, який перебував під захистом ЖК IV, в порушення вимоги ч. 1, 2 ст. 75 ДП І погрожував вбивством потерпілому Особи- 6, та у порушення ст. 33 згаданої Конвенції незаконно заволодів його майном	Порушення законів та звичаїв війни, а саме <i>жорстоке п поводження з цивільним населенням, нападі на цивільний об'єкт та у незаконному заволодінні майном</i> (пограбуванні) потерпілого (ч. 1 ст. 438 КК)	Позбавлення волі на строк 11 р.

Додаток 2. Порушення МГП, що мають серйозний характер

Міжнародний договір	Статті, у яких визначено серйозні порушення МГП
ЖК I	Стаття 50 Серйозними порушеннями, про які йдеться в попередній статті, є ті, що пов'язані з будь-яким із таких діянь: умисним вбивством, тортурами або нелюдським поводженням, зокрема біологічними експериментами, умисним заподіянням тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження й шкоди здоров'ю та із широкомасштабним руйнуванням і привласненням майна, не виправданими воєнною необхідністю й здійсненими незаконно та умисно, – якщо їх вчинено проти осіб чи майна, що знаходяться під захистом, забезпечуванім цією Конвенцією.
ЖК II	Стаття 51 Серйозними порушеннями, про які йдеться в попередній статті, є ті, що пов'язані з будь-яким із таких діянь: умисним вбивством, тортурами або нелюдським поводженням, зокрема біологічними експериментами, умисним заподіянням тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження й шкоди здоров'ю та із широкомасштабним руйнуванням і привласненням майна, не виправданими воєнною необхідністю та здійсненими незаконно й умисно, – якщо їх вчинено проти осіб чи майна, що знаходяться під захистом, забезпечуванім цією Конвенцією.
ЖК III	Стаття 130 Серйозними порушеннями, про які йдеться в попередній статті, є ті, що пов'язані з будь-яким з таких діянь, якщо їх учинено проти осіб або майна, які користуються захистом цієї Конвенції: умисне вбивство, тортури або нелюдське поводження, зокрема біологічні експерименти, умисне заподіяння тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження або шкоди здоров'ю, примушування військовополоненого до служби в ЗС ворожої держави або умисне позбавлення його прав на справедливе та належне судові розслідування, передбачених цією Конвенцією.

ЖК IV	Стаття 147 Серйозні порушення, про які йдеться в попередній статті, становлять такі порушення, що охоплюють такі дії, якщо їх здійснено проти осіб або власності, які знаходяться під захистом цієї Конвенції: умисне вбивство, тортури або нелюдяне поводження, зокрема біологічні експерименти, які умисно спричиняють тяжкі страждання чи серйозні травми тілу чи здоров'ю, нелегальна депортація чи переведення або нелегальне ув'язнення особи, що перебуває під захистом, примушення особи, що перебуває під захистом, служити в ЗС ворожої держави, або умисне відбирання в особи, що перебуває під захистом, прав на справедливий та офіційний судовий процес, рекомендований цією Конвенцією, захоплення полонених і широкомасштабне руйнування, привласнення власності, не виправдане воєнною необхідністю, здійснюване незаконно або без мети.
ДП I	Стаття 11. Захист окремих осіб 1. Фізичному і психічному стану здоров'я та недоторканності осіб, що перебувають під владою супротивної сторони, або інтернованих, затриманих чи в який-небудь інший спосіб позбавлених свободи внаслідок ситуації, зазначеної в статті 1, не повинно завдаватися шкоди шляхом якоїсь невинуватеної дії або бездіяльності. Забороняється піддавати осіб, зазначених у цій статті, жодній медичній процедурі, яка не вимагається за станом здоров'я зазначеної особи й не відповідає загальноприйнятим медичним нормам, що застосовують за аналогічних, з медичної позиції зору, обставин до громадян сторони, що проводить цю процедуру, які не позбавлені свободи в якій би то не було формі. 2. Зокрема, заборонено піддавати таких осіб, навіть за їх згодою: а) фізичним каліцтвам; б) медичним чи науковим експериментам; в) видаленню тканин чи органів для пересадки; за винятком тих випадків, коли такі дії є виправданими згідно з умовами, передбаченими пунктом 1. 3. Винятки із заборони, що містяться в пункті 2 с, можуть бути зроблені тільки в разі здавання крові для переливання або шкіри для пересадки за умови, що це робиться добровільно, без жодного примусу чи спонукання, причому лише з лікувальною метою в умовах, що відповідають загальновизнаним медичним нормам, під контролем, спрямованим на благо як донора, так і реципієнта. 4. Будь-яка навмисна дія чи навмисна бездіяльність, що серйозно загрожують фізичному чи психічному стану або недоторканності будь-якої особи, яка перебуває під владою супротивної сторони, до якої вона не належить, та які або порушують будь-яку із заборон, що містяться в пунктах 1 і 2, або не виконують вимог пункту 3, є серйозним порушенням цього Протоколу. 5. Особи, зазначені в пункті 1, мають право відмовитися від будь-якої хірургічної операції. У разі відмови медичний персонал повинен домагатися отримання письмової заяви, підписаної або підтвердженої пацієнтом. 6. Кожна сторона, що перебуває в конфлікті, повинна вести медичні записи під час кожного здавання крові для переливання або шкіри для пересадки особами, зазначеними в пункті 1, якщо таке здавання проводиться під відповідальність такої сторони. Крім того, кожна сторона, що перебуває в конфлікті, прагне вести запис усіх медичних процедур, застосованих щодо будь-якої особи, інтернованої, затриманої або в який-небудь інший спосіб позбавленої волі в результаті ситуації, зазначеної в

статті 1. Такі записи повинні бути готові для надання в будь-який час Державі-покровительці для перевірки.

Стаття 85. Припинення порушень цього Протоколу

1. Положення Конвенцій, що стосуються припинення порушень і серйозних порушень, доповнені цим розділом, застосовують щодо припинення порушень і серйозних порушень цього Протоколу.

2. Дії, що характеризуються в Конвенціях як серйозні порушення, є серйозними порушеннями цього Протоколу, якщо їх вчиняють проти осіб, які перебувають під владою супротивної сторони й користуються захистом статей 44, 45 і 73 цього Протоколу, або проти поранених, хворих та осіб, що потерпіли корабельну аварію, які належать до супротивної сторони й користуються захистом цього Протоколу, або проти медичного чи духовного персоналу, медичних формувань чи санітарно-транспортних засобів, що під контролем супротивної сторони й користуються захистом цього Протоколу.

3. На доповнення до серйозних порушень, визначених у статті 11, такі дії розглядаються як серйозні порушення цього Протоколу, коли їх вчиняють навмисне на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйозного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:

а) перетворення цивільного населення або окремих цивільних осіб на об'єкт нападу;

б) вчинення нападу невідвільного характеру, що стосується цивільного населення або цивільних об'єктів, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам, як це визначено в пунктах а.2, а.3 статті 57;

с) вчинення нападу на установи або споруди, що містять небезпечні сили, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам, як це визначено в пунктах а.2, а.3 статті 57;

д) перетворення необоронних місцевостей і нейтральних зон на об'єкт нападу;

е) вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у військових діях;

ф) віроломне використання на порушення статті 37 розпізнавальної емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця, або інших захисних знаків, визнаних Конвенціями і цим Протоколом.

4. На доповнення до серйозних порушень, зазначених у попередніх пунктах цієї статті та в Конвенціях, розглядають як серйозні порушення цього Протоколу такі дії, коли їх здійснюють навмисне й на порушення Конвенцій або цього Протоколу:

а) переміщення державою-окупантом частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах цієї території чи за її межі на порушення статті 49 IV Конвенції;

б) невинуватна затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб;

с) застосування практики апартеїду, інших негуманних і принижуючих дій, що ґрунтуються на расовій дискримінації, які зневажають гідність

	особи; d) перетворення розпізнаних історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культу, які є культурною або духовною спадщиною народів і яким спеціальною угодою, укладеною, наприклад, у межах компетентної організації, надано особливий захист, на об'єкт нападу, унаслідок чого вони зазнають значних руйнувань, коли немає свідчень про порушення супротивною стороною пункту b статті 53, і коли такі історичні пам'ятки, твори мистецтва й місця відправлення культу не розміщені поблизу воєнних об'єктів; e) позбавлення особи, яка користується захистом Конвенцій або захистом, зазначеним у пункті 2 цієї статті, права на неупереджене й справедливе судочинство. 5. Без шкоди для застосування Конвенцій та цього Протоколу серйозні порушення цих документів розглядають як воєнні злочини.
РС	Стаття 8. Воєнні злочини (див. додаток 1)

Науково-практичне видання

**ЖУК Ілона Василівна
БОТНАРЕНКО Ірина Анатоліївна
ВОЗНЮК Андрій Андрійович**

**ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ З
ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИМИ ТА ЦИВІЛЬНИМ НАСЕЛЕННЯМ**

Методичні рекомендації

Комп'ютерна верстка І. А. Ботнаренко

Підписано до друку
Формат
Ум.-друк.арк.
Наклад.