

Калиновський Богдан Валерійович,
т.в.о. начальника спеціальної
кафедри № 2 Інституту Управління
державної охорони України Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка, доктор юридичних наук,
професор;

Процюк Олег Володимирович,
професор спеціальної кафедри № 1
Інституту Управління державної
охорони України Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка, кандидат юридичних наук,
доцент

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІЙСЬКОВИХ КОМАНДИРІВ, ІНШИХ ОСІБ, ЯКІ ФАКТИЧНО ДІЮТЬ ЯК ВІЙСЬКОВІ КОМАНДИРИ, ТА ІНШИХ НАЧАЛЬНИКІВ

На сьогоднішній день в Україні зафіксовано понад сто тисяч кримінальних проваджень, які стосуються вчинення воєнних злочинів. Ідентифікація конкретних виконавців усіх цих діянь є надзвичайно складним завданням, а в окремих ситуаціях – недосяжним навіть гіпотетично. Особливі труднощі виникають під час встановлення осіб, які, перебуваючи на значних відстанях, здійснювали або продовжують завдавати ударів по об'єктах цивільної інфраструктури наших населених пунктів. Тож більш реалістичною метою вбачається встановлення командирів військових підрозділів чи інших посадових осіб, відповідальних за цих виконавців, та їх притягнення до юридичної відповідальності за недотримання ними своїх обов'язків з контролю за підлеглими [1].

Йдеться про реалізацію принципу притягнення до кримінальної відповідальності військових командирів за вчинення міжнародних правопорушень їх підлеглими. Цей принцип закріплений як у нормах договірного міжнародного права, так і у звичаєвих міжнародно-правових стандартах, передбачаючи відповідальність за неналежне виконання обов'язків з контролю над підлеглими [2].

Зазначимо, що цей принцип не потрібно розглядати як абсолютну чи «автоматичну» відповідальність командирів або як форму колективної відповідальності старшого командного складу.

Мова йде виключно про ситуації, коли командири обізнані або повинні були знати про те, що їхні підлеглі вже вчинили або планують вчинити злочин, але не вживають належних заходів для його припинення чи запобігання таким діям.

Слід підкреслити, що в даному дослідженні ми не аналізуємо випадки, коли командир віддає наказ, спрямований на порушення законів і звичаїв війни, оскільки такі дії прямо охоплені диспозицією статті 438 Кримінального кодексу України (далі – КК України) “Воєнні злочини” і не потребують додаткового обґрунтування щодо їх кваліфікації. У межах нашого дослідження розглядаються кримінально-правові аспекти кваліфікації дій командира, який не віддавав злочинного наказу, але також і не вжив контрольних чи запобіжних заходів, які повинен був вжити, у разі вчинення злочину його підлеглими.

Також зазначимо, що поширеною є думка, що для іноземних командирів і начальників така модель відповідальності не передбачена КК України [3]. Ми притримуємося протилежної позиції і, зважаючи на аналіз чинного законодавства, така позиція знаходить своє підтвердження.

Зміст ст. 86 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року [4], чітко вказує на те, що сторони, які перебувають у конфлікті, повинні запобігати порушенням Женевських конвенцій або цього Протоколу, навіть якщо такі порушення є результатом невжиття заходів, які мають бути вжиті. Та обставина, що порушення вищезгаданих нормативних актів було вчинене підлеглою особою, не звільняє її начальників від кримінальної відповідальності, якщо такі начальники:

- мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір вчинити подібне порушення, і якщо

- не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або припинення цього порушення.

У положенні статті 87 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій закріплено принцип, згідно з яким військовий командир має обов’язок запобігати порушенням норм Конвенцій та Протоколу, які можуть бути вчинені його підлеглими, а за необхідності зобов’язаний припиняти такі порушення і повідомляти про них компетентні органи.

Норма 153 звичаєвого міжнародного гуманітарного права встановлює, що командири та інші керівники несуть кримінальну відповідальність за воєнні злочини, вчинені їхніми підлеглими, якщо вони знали або повинні були знати про наміри підлеглих вчинити такі злочини або їх фактичне вчинення. Відповідальність настає у разі, якщо керівники не вжили всіх можливих та доцільних заходів у межах своїх повноважень для їх запобігання або якщо злочини були вчинені через недбалість у виконанні контрольних обов'язків [5].

Зазначимо, що у викладених вище нормах міжнародного гуманітарного права визначено конкретний перелік обов'язків командирів і начальників щодо здійснення контролю за своїми підлеглими. Недотримання цих обов'язків, як шляхом дії, так і бездіяльності, тягне за собою кримінальну відповідальність відповідно до норм міжнародного права. Варто підкреслити, що така відповідальність вже знайшла певне відображення і у положеннях КК України.

КК України містить розділ XX, що охоплює «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». Стаття 438 цього розділу передбачає відповідальність за «порушення законів та звичаїв війни, встановлених міжнародними договорами, що отримали згоду Верховної Ради України на обов'язковість їх виконання». Одним з таких договорів є вже згаданий Додатковий Протокол I, який відповідно до статті 9 Конституції України є частиною національної правової системи.

Хоча міжнародне звичаєве право безпосередньо не охоплюється диспозицією статті 438 КК України, це не перешкоджає враховувати звичаєві норми при тлумаченні положень міжнародних договорів, зокрема в контексті відповідальності командирів та інших керівників.

Також, згідно з частиною першою статті 15 Закону України «Про міжнародні договори України» [6], Україна підтвердила своє прагнення, закріплене в статті 18 Конституції України, безумовно дотримуватися загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права. Це питання було також підкреслено Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ, який зазначив, що під загальноновизнаною нормою міжнародного права слід розуміти правило поведінки, яке приймається та визнається міжнародною спільнотою держав як юридично обов'язкове [7].

Беззаперечно варто зазначити, що Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» до чинного КК України була внесена стаття 31-1, яка встановлює кримінальну відповідальність для військових командирів, осіб, які фактично виконують функції військових командирів, а також для інших начальників «за будь-який із злочинів, передбачених статтями 437-439, 442 і 442-1 цього Кодексу, що вчинений підлеглою особою, яка перебувала на момент вчинення злочину під його фактичним командуванням і контролем або, залежно від обставин, під його фактичною владою і контролем, внаслідок нездійснення ним належного контролю над такою особою, якщо при цьому військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий командир, знав або, зважаючи на обставини, що склалися на той час, повинен був і міг знати, що зазначена підлегла особа вчинила або мала намір вчинити такий злочин, проте не вжив дій, які повинен був і міг вжити у межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення злочину або для повідомлення про такий злочин компетентного органу» [8].

Імплементация цього виду відповідальності явно перейнято з положень статті 28 Римського статуту. На нашу думку така відповідальність повинна ґрунтуватися на принципі індивідуальної відповідальності (частина 2 статті 61 Конституції України), основним змістом якого є те, що особи не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за дії, які вони не вчиняли [9].

Однак на даний момент існує лише констатація факту наявності такого виду відповідальності військових командирів. Очевидно, що ратифікація Римського статуту має давати відповідь на питання індивідуалізації покарання і в цьому випадку теж.

Також слід зазначити, що частина 1 статті 31-1 Кримінального кодексу України встановлює, що військовий командир або інша особа, яка фактично виконує обов'язки військового командира, повинна була знати або, зважаючи на обставини, що склалися на той момент, повинна була знати *і могла знати*, що підлегла особа вчинила або мала намір вчинити такий злочин.

На відміну від пункту «і» статті 28 Римського статуту, де зазначається, що військовий командир або знав, або за наявних

обставин на той момент повинен був знати, що його підлеглі вчинили чи мали намір вчинити відповідні злочини (без використання словосполучення «і міг знати»), в українському контексті ця норма формулюється ширше, включаючи гіпотетичну можливість інформування про такі дії.

Вказівка на словосполучення «і міг знати» є доцільною деталізацією в національному законодавстві, оскільки воно сприяє реалізації принципу справедливості при притягненні осіб до кримінальної відповідальності. Таке формулювання дозволяє враховувати об'єктивні обставини, які могли вплинути на можливість знання командиром про злочин, що відбувався.

Зазначимо, що в статті 28 Римського статуту підкреслюється, що відповідальність командирів та інших начальників за певних обставин настає за злочини, які підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду і вчинені відповідними силами. Такими злочинами, відповідно до частини 1 статті 5 Римського статуту, є злочин геноциду (ст. 442 в КК України), злочини проти людяності (ст. 442-1 в КК України), злочин агресії (ст. 437 в КК України), воєнні злочини (ст. 438 в КК України). Однак у частинах 1 та 2 статті 31-1 КК України зазначено також злочин, передбачений статтею 439 КК України «Застосування зброї масового знищення», що дещо виходить за рамкові приписи ст. 28 Римського статуту [10].

Реалізація інституту відповідальності командирів та інших начальників у національному кримінальному праві країн-членів Ради Європи було практично реалізовано в рішенні Європейського суду з прав людини у справі *Milanković v. Croatia* № 33351/20 від 20.01.2020 (див. п.п. 55–57, 61) [11].

Заявник у справі стверджував, що його засудження за воєнні злочини, обґрунтоване принципом командної відповідальності, не мало правових підстав ні у національному, ні у міжнародному праві на час вчинення злочинів. Однак Європейський суд з прав людини визнав, що держава не порушила положень Європейської конвенції з прав людини, оскільки принципи відповідальності командирів за воєнні злочини є усталеною звичаєвою нормою міжнародного права.

У пункті 75 свого рішення Суд наголосив, що концепція «командної відповідальності» стосується не лише військових командирів, але й політичних лідерів та інших цивільних керівників.

Зазначимо, що для України це рішення є важливим джерелом юридичного досвіду. Воно підтверджує, що принцип

nullum crimen sine lege, закріплений у статті 7 Конвенції, а також вимоги до якості закону (передбачуваність, доступність та усунення свавільного застосування), не порушуються державою, навіть якщо концепція командної відповідальності прямо не прописана в її національному праві.

Авторитетні дослідники міжнародного кримінального права, зокрема Герхард Верле та Ерік Давид, у своїх працях зазначають, що відповідальність командирів та інших начальників повинна визначатися не за їхніми формальними повноваженнями (*de jure*), а за обсягом фактичного (*de facto*) контролю, який вони мали над своїми підлеглими [12, с. 258–259; 13, с. 738–747].

Тобто, важливим є те, щоб начальник фактично мав змогу запобігти чи припинити правопорушення, виходячи з реального контролю, який він здійснював над підлеглими.

Також, оцінці злочинної недбалості начальників та командирів у національному суді може бути корисним звернення до практики, викладеної в рішеннях міжнародних судів. Це дозволяє використовувати міжнародний досвід для більш обґрунтованого та справедливого застосування національних норм.

Максимально прискіпливо судді ставились до визначення умов, за яких начальники повинні були знати про вчинення злочину їх підлеглими. Позиція Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії, а також сучасне міжнародне звичаєве право дозволяє презюмувати існування так званої «поінформованої недбалості» начальників, якщо вони мали інформацію, що могла б привернути їхню увагу до можливості скоєння правопорушень підлеглими [14].

Також Герхард Верле підкреслює, що важливо визначити, чи міг начальник мати інформацію про скоєння злочину його підлеглим. Він вважає, що для цивільних начальників умови мають бути м'якшими, ніж для військових. Як зазначає Верле, на відміну від командирів, для цивільного начальника недостатньо просто незнання факту злочину; потрібно, щоб начальник свідомо проігнорував інформацію, яка явно вказувала на те, що його підлегли вчиняли чи мали намір вчинити злочин.

Отже, ми розглянули лише основні підходи до нормативного регулювання та наукові напрацювання авторитетних дослідників в сфері кримінального права стосовно відповідальності командирів та інших начальників, зокрема і у випадках, пов'язаних з діями, що вчинено з необережності.

Детальне опрацювання цієї теми вимагає окремого та всебічного дослідження.

Практична реалізація в національному судочинстві інституту відповідальності командирів та інших начальників за неналежне виконання обов'язків з контролю за дотриманням підлеглими законів і звичаїв війни беззаперечно буде сприяти підвищенню ефективності превенції воєнних злочинів, оскільки виводить цей процес на системний рівень.

Кримінальна відповідальність військових командирів є важливим аспектом військової дисципліни та правопорядку, особливо у контексті сучасних збройних конфліктів. Військовий командир, маючи повноваження видавати накази, несе відповідальність за дії своїх підлеглих, а також за дотримання норм міжнародного гуманітарного права. Однак проблема кримінальної відповідальності командирів є багатогранною та потребує детального аналізу, зокрема, у питаннях кваліфікації злочинів та умов притягнення до відповідальності.

Кримінальна відповідальність командирів має базуватися як на принципах індивідуальної так і командної відповідальності. Диференційована кваліфікація злочинів, вчинених командирами або за їх сприяння, потребує врахування багатьох особливих обставин. Важливою складовою кваліфікації є наявність умислу, знання або можливості знання про злочин, який вчиняється підлеглими. Командир може нести відповідальність за невжиття заходів, якщо він знав або повинен був знати про можливість або факт вчинення злочину підлеглими і мав можливість запобігти цьому.

Також визначення меж кримінальної відповідальності командирів є проблематичним через специфіку військових обов'язків та умов виконання бойових завдань.

Міжнародні нормативно-правові акти, зокрема, Римський статут Міжнародного кримінального суду та Женевські конвенції, чітко вказують напрямок розвитку національному законодавству щодо принципів відповідальності командирів за порушення міжнародного гуманітарного права, основними з яких є принцип командної відповідальності.

Список використаних джерел

1. Командна відповідальність за лаштунками Кримінального кодексу URL: https://justtalk.com.ua/post/komandna-vidpovidalnist-za-lashtunkami-kriminalnogo-kodeksu#_ftn1.

2. Норма 153 звичаєвого міжнародного гуманітарного права, ст. 86, 87 ДП ІдоЖК1949. URL: https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/ukr-irrc_857_henckaerts.pdf.

3. Тимур Короткий, Інна Берднік Кваліфікація воєнних злочинів за Кримінальним кодексом України. URL: <https://ptcu.gp.gov.ua/uk/czentr-znan/intervyu-z-treneramy/kvalifikacziya-voyennyh-zlochyniv-za-kryminalnym-kodeksom-ukrayiny/>.

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. Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Норми. URL: https://www.icrc.org/sites/default/files/external/doc/en/assets/files/other/ukr-irrc_857_henckaerts.pdf.

6. Закон України «Про міжнародні договори України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text>.

7. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19.12.2014 р. № 13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-14#Text>.

8. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

9. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України від 28 червня 1996 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

10. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» URL [blob:https://itd.rada.gov.ua/1ca4dabc-10ae-4300-a07e-8a150815cd8e](https://itd.rada.gov.ua/1ca4dabc-10ae-4300-a07e-8a150815cd8e).

11. FIRST SECTION CASE OF MILANKOVIĆ v. CROATIA URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215180>.

12. Герхард Верле «Принципи міжнародного кримінального права», с. 258–259. URL: <https://academic.oup.com/book/57106>.

13. Ерік Давид «Принципи права збройних конфліктів», с. 738–747. URL: <https://www.jstor.org/stable/44471870>.

14. Справа «Prosecutor v. Mucic et al.» МТКЮ (Апеляційна палата), рішення від 20.02.2020 р., абз. 229; «Prosecutor v. Mucic et al.» МТКЮ (Судова палата), рішення від 06.11.1998 р., абз. 388; «Prosecutor v. Bagilishema» МТР (Апеляційна палата), рішення від 03.06.2002 р., абз. 35. URL: <https://www.icty.org/en/case/mucic>.

Карась Борис Олександрович,
докторант Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України,
адвокат, кандидат юридичних наук

ІНШЕ ГРУБЕ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРАЦЮ (СТ. 172 КК УКРАЇНИ): ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

У ст. 172 КК передбачається відповідальність за незаконне звільнення працівника з роботи з особистих мотивів чи у зв'язку з повідомленням ним як викривачем про вчинення іншою особою корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, інших порушень Закону України «Про запобігання корупції», а також інше грубе порушення законодавства про працю. Загалом же відповідне кримінальне правопорушення містить узагальнену назву – грубе порушення законодавства про працю. Відповідно грубість порушення виступає, насамперед, якісною ознакою, яка допомагає відмежувати відповідне кримінально-протиправне порушення законодавства про працю від негрубого порушення, за яке кримінальна відповідальність не передбачена. Водночас складність встановлення такого розмежування обумовлена тим, що «грубе» порушення належить до оцінних ознак (понять).

У теорії кримінального права відсутнє єдине бачення того, що слід розуміти під іншим грубим порушенням законодавства про працю. Водночас з аналізу судової практики вбачається, що суди до такого іншого грубого порушення відносили такі.

Внесення головним інженером неправдивих відомості щодо тривалості робочого часу до табелів обліку робочого часу за січень–лютий 2018 р., чим грубо порушено вимоги статей 50, 59, 61, 62 КЗпП, тобто право на відпочинок та належну оплату праці; вказані дії було вчинено з метою зменшення обсягів