

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

DOI: 10.34015/2523-4552.2022.4.01  
УДК 341.322.5:343.2

**Вознюк А. А.,**  
доктор юридичних наук, професор,  
завідувач наукової лабораторії з  
проблем протидії злочинності  
Національної академії внутрішніх  
справ

**Жук І. В.,**  
кандидат юридичних наук, доцент,  
старший науковий співробітник  
наукової лабораторії з проблем  
протидії злочинності Національної  
академії внутрішніх справ

### ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ОЗНАК ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ

У статті розкриваються загальні положення об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 438 КК, а саме: характер опису диспозиції цієї статті; форми об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни; момент його закінчення; зміст «серйозних» порушень норм МГП; місце та засоби вчинення злочину; структура складів воєнних деліктів, яку використовує Міжнародний кримінальний суд – «Елементи злочину», зокрема контекстуальний елемент.

Наголошено на необхідності удосконалення підстав кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни насамперед шляхом диференціації такої відповідальності в різних статтях КК або принаймні її посилення в ч. 1 ст. 438 КК шляхом збільшення верхньої межі позбавлення волі з дванадцяти до п'ятнадцяти років і включення альтернативного покарання у виді довічного позбавлення волі.

**Ключові слова:** порушення законів та звичаїв війни; серйозні порушення міжнародного гуманітарного права; контекстуальний елемент воєнних злочинів; міжнародний збройний конфлікт; заборонені засоби ведення війни; Римський статут Міжнародного кримінального суду.

**Постановка проблеми.** Ефективне розслідування воєнних злочинів в Україні є одним із пріоритетних завдань як для національних, так і міжнародних правоохоронних інституцій світової демократичної спільноти. Адже від цього залежить

перспектива притягнення до кримінальної відповідальності осіб за порушення законів та звичаїв війни під час агресії російської федерації (далі – рф) проти України.

Кримінальне переслідування за воєнні делікти розпочинається з

кримінально-правової кваліфікації вчиненого, яка на сьогодні в більшості випадків здійснюється за ст. 438 Кримінального кодексу України (далі – КК). Ефективне застосування цієї норми потребує насамперед правильного її тлумачення. Водночас, як свідчить практика, мають місце випадки кримінально-правової оцінки порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК) як загального (ординарного) злочину, і навпаки, загальнокримінальний делікт може отримати кваліфікацію воєнного злочину. Особливості кримінально-правової заборони порушення законів і звичаїв війни пов'язані з її об'єктивними та суб'єктивними ознаками, з-поміж яких вагоме місце відводиться ознакам об'єктивної сторони цих деліктів.

Проблемним аспектам кримінальної відповідальності за злочини, передбачені ст. 438 КК, присвячували наукові розвідки В. П. Базов, М. С. Бондаренко, К. П. Задоя, С. П. Кучевська, С. М. Мохончук, В. О. Миронова, В. О. Навроцький, Ю. А. Пономаренко, О. В. Таран, М. І. Хавронюк та інші. Разом з тим агресія РФ проти України зумовлює необхідність перегляду положень цієї статті, а також наданих раніше роз'яснень її змісту з урахуванням сучасних тенденцій правозастосування. «Адже реалії сьогодення потребують активізації зусиль усього суспільства для боротьби з окупантами. Причому йдеться не лише про питання суто військового характеру, а й чимало інших проблем, зокрема щодо адаптації національного законодавства до умов і викликів воєнного стану» [1, с. 9]. Водночас якщо воєнні

новели кримінального законодавства активно обговорюють у вітчизняних публікаціях [2; 3; 4; 5; 6; 7], зокрема у попередніх працях авторів цієї статті [8; 9; 10], то дослідженню сучасних проблем кримінальної відповідальності за воєнні злочини приділено значно менше уваги. Зазначене вимагає оцінки положень ст. 438 КК, насамперед ознак об'єктивної сторони відповідних деліктів, на предмет їх відповідності потребам правової протидії воєнним злочинам в Україні.

**Метою статті** є науково-теоретичний аналіз ознак об'єктивної сторони злочинів, передбачених ст. 438 КК, та формування на цій основі рекомендацій щодо вдосконалення чинного законодавства і практики його застосування.

**Виклад основного матеріалу.** Об'єктивна сторона основного складу злочину, передбаченого ст. 438 КК, характеризується різними за характером суспільної небезпеки альтернативними кримінально протиправними діяннями. Цей злочин може бути вчинено у таких **формах**:

- 1) жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням;
- 2) вигнання цивільного населення для примусових робіт;
- 3) розграбування національних цінностей на окупованій території;
- 4) застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом;
- 5) інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;

б) віддання наказу про вчинення таких дій.

### **I. Бланкетний характер диспозиції ст. 438 КК.**

Стаття 438 КК містить **бланкетну норму**, а тому зміст зазначених у ній діянь розкривається у положеннях міжнародного гуманітарного права (далі – 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 вироку Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р., яким військовослужбовця ЗС рф Особу-2 визнано винним у порушенні законів і звичаїв війни, що передбачене ч. 2 ст. 51, п. «а» ч. 3 ст. 85 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 р., яке поєднане з умисним вбивством, тобто, у вчиненні злочину, визначеного ч. 2 ст. 438 КК [11].

Цей підхід прослідковується і у міжнародній судовій практиці. Так, приміром, Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (далі – МТКЮ) у рішенні по справі «Prosecutor v. Janko Bobetko» в обвинуваченні J. Bobetko у вчиненні порушення законів або звичаїв війни посилається на п. «а» ч. 1 ст. 3 Женевської конвенції 1949 р. [12].

### **II. Серйозний характер порушень.**

Не дивлячись на те, що диспозицією ч. 1 ст. 438 КК встановлено відповідальність за всі порушення

законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, кримінальному переслідуванню підлягають лише ті діяння, які згідно з нормами МГП відповідають ознакам воєнного злочину – є **серйозними** порушеннями МГП.

Питання про серйозний характер того чи іншого порушення МГП вирішується органом досудового слідства та судом в кожному випадку індивідуально з урахуванням обставин кримінального провадження. Для прикладу, МТКЮ у своїх рішеннях одним з пунктів обвинувачення безпосередньо визначав «серйозні порушення Женевської конвенції 1949 р.», до яких були віднесені «умисне вбивство, тортури» (справа «Prosecutor v. Radoslav Brdanin» [13]), «зв'алтування, катування, нелюдське поводження» (справа «Prosecutor v. Miroslav Bralo» [14]) тощо.

Вказівки на серйозний характер порушень МГП містяться, зокрема, у таких нормах:

– ст. 50 Женевської конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 р. (ЖК I);

– ст. 51 Женевської конвенції про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 р. (ЖК II);

– ст. 130 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р. (ЖК III);

– ст. 147 Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. (ЖК IV);

– ст. 11, 85 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 р. (ДП I).

Узагальнення серйозних порушень норм МГП представлено в п. 4-7 підрозділу 8 розділу I Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, яка затверджена Наказом Міністерства оборони України від 23 березня 2017 р. № 164 [15]. Водночас щодо застосування цього підзаконного нормативно-правового акта слід висловити певні застереження. Йдеться передусім про те, що цей документ адресований лише військовослужбовцям і працівникам Збройних Сил України з метою забезпечення додержання ними принципів і норм МГП. Однак, він має важливе значення для вивчення та тлумачення положень МГП у цілому, оскільки містить результати аналізу міжнародних договорів.

До **серйозних порушень МГП** можна віднести:

1) *серйозні порушення МГП, які спрямовані проти людей* (навмисне вбивство, катування та нелюдське поводження; навмисне заподіяння тяжких страждань або серйозного каліцтва чи нанесення 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, у тому числі застосування практики апартеїду, геноциду та інших дій, які ґрунтуються на расовій дискримінації; взяття заручників; здійснення актів терору; незаконне позбавлення волі (арешт); наказ не залишати нікого в живих; депортація чи незаконне переміщення населення окупованої території (як в межах цієї території, так і поза нею); переміщення державою-окупантом частини власного цивільного населення на окуповану територію; позбавлення права на неупереджене та належне судочинство; невинуватена затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб; примус до служби у збройних силах противника; обмеження доступу населення до їжі, води; застосування заборонених видів зброї; використання «живих щитів»; вербування до складу збройних сил або використання у воєнних діях дітей віком до п'ятнадцяти років тощо);

2) *серйозні порушення МГП, які 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) *серйозні порушення, які вчинені шляхом віроломного використання розпізнавальних емблем (знаків, сигналів), якими позначаються особи і об'єкти, що користуються захистом МГП [15].*

### **III. Момент закінчення злочинів.**

За конструкцією об'єктивної сторони цей злочин відноситься до злочинів з **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 у межах однієї форми об'єктивної сторони можуть мати місце делікти як з формальним, так і матеріальним складом. Наприклад, в ст. 146 ЖК IV жорстоким поведженням з військовополоненими або цивільним населенням визнано проведення над ними біологічних експериментів, які умисно спричиняють великі страждання чи серйозні травми тілу чи здоров'ю (матеріальний склад) та наругу над людською гідністю (формальний склад).

### **IV. Місце, засоби та інші ознаки складу злочину.**

При розграбуванні національних цінностей обов'язковою ознакою об'єктивної сторони злочину є **місце** його вчинення – **окупована територія**, а при застосуванні засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, – **засіб** вчи-

нення злочину, що **заборонений міжнародним правом**.

Відповідно до ст. 42 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додатку до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р. територія визнається *окупованою*, якщо вона фактично перебуває під владою армії супротивника. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції [16].

В Україні території, які окупувала рф, визнаються на нормативно-правовому рівні тимчасово окупованими. Відповідно до п. 7 ст. 1-1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 р. *тимчасово окупованою рф територією України* (тимчасово окупована територія) є частини території України, в межах яких збройні формування рф та окупаційна адміністрація рф встановили та здійснюють фактичний контроль або в межах яких збройні формування рф встановили та здійснюють загальний контроль з метою встановлення окупаційної адміністрації рф [17].

**Заборонені засоби ведення війни** – це ті засоби (зброя, снаряди, речовини, пристрої тощо), пряма вказівка на заборону застосування яких міститься в нормах МГП. Йдеться насамперед про чинні міжнародні договори. Нині такими договорами забороняється застосування, зокрема:

*зброї, снарядів і речовин, які можуть завдати надмірних ушкоджень або призвести до зайвих страждань* (Конвенція про заборо-

ну або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невивіркову дію від 10 жовтня 1980 р., ч. «е» ст. 23 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додатку до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р., ч. 2 ст. 35 ДП I);

*засобів ведення війни, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть широкомасштабної довготермінової і серйозної шкоди природному середовищу* (Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невивіркову дію від 10 жовтня 1980 р., ч. 2 ст. 35 ДП I);

*отрути або отруєної зброї* (ч. «а» ст. 23 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі та додатку до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р.);

*хімічної зброї* (ст. 1 Конвенції про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення від 13 січня 1993 р.);

*засліплюючої лазерної зброї* (Протокол про засліплюючу лазерну зброю від 13 жовтня 1995 р.);

*бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї* (Конвенція про заборону розробки, виробництва і накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї та про їх знищення від 10 квітня 1972 р.);

*протипіхотних мін* (Оттавська конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, вироб-

ництва і передачі протипіхотних мін та про їх знищення від 18 вересня 1997 р.);

*мін, мін-пасток та інших пристроїв* (Протокол про заборону або обмеження застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв від 10 жовтня 1980 р., з поправками, внесеними 3 травня 1996 р.);

*задушливих, отруйних чи інших подібних газів і бактеріологічних засобів* (Женевський протокол про заборону використання на війні задушливих, отруйних чи інших подібних газів і бактеріологічних засобів від 17 червня 1925 р.) тощо.

Узагальнений перелік таких засобів викладено у підрозділі 2 розділу I Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, яка затверджена Наказом Міністерства оборони України від 23 березня 2017 р. № 164 [15].

Пропозиції щодо переліку цих засобів були напрацьовані і членами робочої групи з розробки проекту нового КК. Відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 11.4.1 проекту засоби ведення війни, заборонені міжнародним гуманітарним правом, зокрема:

- а) отрута чи отруйна зброя;
- б) задушливі, отруйні чи інші подібні гази або аналогічні рідини, матеріали чи засоби;
- в) кулі, які легко розриваються або сплющуються в тілі людини, зокрема оболонкові кулі, тверда оболонка яких не покриває всього осердя чи має надрізи;
- г) хімічна зброя;
- д) зброя, основна дія якої полягає в заподіянні ушкоджень уламками, що не виявляються в тілі людини за допомогою рентгенівських променів;

е) лазерна зброя, спеціально призначена для використання у бойових діях виключно або зокрема для того, щоб спричинити постійну сліпоту незахищених органів зору людини;

ж) зброя, яка використовує мікробіологічні чи інші біологічні агенти чи токсини [18].

Водночас, як видається, наведений перелік є дещо звуженим та не охоплює всіх видів засобів ведення війни, заборонених МГП. Йдеться щонайменше про міни та міни-пастки. І. Заворотько та Т. Короткий стверджують, що від початку повномасштабного вторгнення на територію України як міжнародні організації, так і національні неурядові організації масово заявляють про використання рф протипіхотних мін, зокрема ПОМ-3, більш відомих як «Медальйон» [19].

Норми МГП застосовуються лише до ситуацій збройних конфліктів міжнародного або неміжнародного характеру. Тобто сфера дії норм МГП обмежується часом (а можливо, й обстановкою) збройного конфлікту, який не можна ототожнювати з часом вчинення злочину<sup>1</sup> чи його обстановкою.

#### ***V. Контекстуальний елемент воєнних злочинів.***

У межах кримінально-правової характеристики порушення законів і звичаїв війни окрім традиційних суб'єктивних (суб'єкт та суб'єктивна сторона) та об'єктивних (об'єкт та об'єктивна сторона) ознак складу злочину, характерних для національної доктрини кримінального права, слід розглядати і структуру

складів воєнних деліктів, яку використовує Міжнародний кримінальний суд – так звані «Елементи злочину» (схвалені Асамблеєю держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду – далі РС), що включають матеріальну, ментальну та контекстуальну складові [22].

Контекстуальний елемент дозволяє виділяти міжнародні злочини з-поміж ординарних та при цьому розрізняти їх між собою. Для кожного з різновидів міжнародних злочинів контекстуальний елемент передбачено у ст. 6–8 та 8 bis РС. Тобто, контекстуальний елемент слугує двом цілям: 1) ідентифікації такої групи злочинів як міжнародні; 2) ідентифікації міжнародного злочину конкретного виду [24, с. 152].

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

*наявність міжнародного збройного конфлікту або збройного конфлікту неміжнародного характеру;*

*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) [23, с. 19].

Для виконання вимог контекстуального елемента воєнного злочину необхідним є наявність зв'язку між конкретним інкримінованим

<sup>1</sup> Про збройний конфлікт міжнародного або неміжнародного характеру та час вчинення злочину див. попередні публікації [20; 21].

особі діянням і збройним конфліктом. Доведення зв'язку між конкретним діянням, що містить ознаки злочину, та збройним конфліктом є складнішим у випадку зі збройним конфліктом неміжнародного характеру і практично не викликає проблем за міжнародного збройного конфлікту. Основою для доведення такого зв'язку є два фактори:

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

б) спрямованість діяння на виконання певних цілей збройного формування у конфлікті (або, як мінімум, його одночасне здійснення зі збройним конфліктом) [23, с. 19].

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 причинно-наслідковим зв'язком між збройним конфліктом і вчиненням злочину. Достатньо, щоб наявність збройного конфлікту відіграла суттєву роль у здатності обвинуваченого вчинити злочин, у 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; той факт, що потерпілі не є комбатантами; той факт, що потерпілі належать до протилежної сторони, і той факт, що дії служать кінцевій меті військової кампанії. Проте в даному випадку встановлено, що зловмисники діяли на сприяння або під прикриттям збройного конфлікту. Цього достатньо, щоб зробити висновок, що їхні дії були тісно пов'язані з цим конфліктом (п. I-A) [25].

У справі «Prosecutor v. Sefer Halilovic» (рішення МТКЮ) Судова палата встановила, що *розміщення солдат на певній території під час підготовки до бойових дій відіграє значну роль у їх здатності вчинити злочини на цій території.* Це свідчить про існування зв'язку між злочинами, скоєними на цій території, та збройним конфліктом у цьому районі. Про такий зв'язок може свідчити і вчинення злочину під час наступу, що є частиною бойових дій [26].

Має рацію О. В. Таран, що не всі індивідуальні акти поведінки під час воєнного конфлікту підпадають під дію норм права, що стосуються воєнних конфліктів, а тільки ті, що пов'язані з таким конфліктом. Тому факт учинення злочину в умовах воєнного конфлікту сам по собі не є достатнім, щоб визнати такий злочин воєнним, зокрема порушенням законів та звичаїв війни. У кожному випадку підлягає доказуванню зв'язок між діянням і воєнними діями, обставинами, з ним пов'язаними [27, с. 415].

У контексті цього вбивство цивільної особи військовослужбовцем рф не завжди може визнаватися воєнним злочином. Показовою є справа Шишимаріна. Йдеться про вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. у справі № 760/5257/22 в якому зазначено, що 28 лютого 2022 р. російський військовослужбовець за наказом іншого військовослужбовця ЗС рф вбив особу, яка не створювала їм жодної небезпеки, була не озброєною, одягнутою у цивільний одяг та поверталася з велосипедом до себе додому розмовляючи по мобільному телефону. Дії засудже-

ного кваліфіковано за ч. 2 ст. 438 КК [11]. У подальшому К. П. Задоя та В. Яворський висловили обґрунтовані сумніви щодо правильності такої кваліфікації [28, с. 48-53; 29], а 13 липня 2022 р. адвокат засудженого оскаржив вирок, не заперечуючи, що підзахисний убив потерпілого, але наполягав, що суд неправильно кваліфікував дії Шишімаріна, а тому просив суд виправдати російського солдата за статтею про порушення правил та звичаїв війни [30].

М. С. Бондаренко, очевидно, робить правильний висновок, що це рішення знайшло відображення у проекті КК, а саме в дефініції «злочин, вчинений у зв'язку зі збройним конфліктом» [31, с. 20-23]. Відповідно до п. 9 ст. 11.4.1. проекту нового КК це злочин, вчинений за обставин, коли існування збройного конфлікту значним чином впливало на здатність особи вчинити інкриміноване їй діяння, на її рішення вчинити це діяння, на спосіб, у який діяння було вчинене, або на мету, з якою воно було вчинено [18]. У цьому випадку, ймовірно, йдеться про визначення воєнного злочину.

Як слушно зазначає К. П. Задоя, серйозне порушення міжнародного гуманітарного права та збройний конфлікт не обов'язково повинні жорстко збігатись темпорально та географічно. Наприклад, серйозні порушення міжнародного гуманітарного права можуть мати місце після закінчення міжнародного збройного конфлікту щодо військовополонених, які продовжують утримуватись стороною конфлікту [32, с. 1336].

**VI. Підстави кримінальної відповідальності за порушення**

**законів і звичаїв війни потребують вдосконалення.**

У ч. 1 ст. 438 КК зосереджено щонайменше десятки різних за об'єктивними та суб'єктивними ознаками, а також характером суспільної небезпеки складів воєнних злочинів, кримінальна відповідальність за які настає в межах однієї санкції (вона передбачає позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років). Уявимо таку ситуацію: військовослужбовця рф, який вчинив жорстоке поводження з військовополоненими військовослужбовцями Збройних Сил України та цивільним населенням, а також інші порушення законів та звичаїв війни, засуджено за сукупністю злочинів, передбачених ч. 1 ст. 438 КК, до позбавлення волі строком на 15 років, тобто, у межах максимального строку, встановленого для даного виду покарання в Загальній частині КК. У подальшому його звільнено від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого (ст. 84-1 КК). Після обміну його знову затримано та засуджено за вчинення воєнних злочинів. Однак покарання у виді позбавлення волі на певний строк цій особі не може перевищувати 15 років [33, с. 55]. Відтак, покарання особі, яка вчинила низку особливо тяжких воєнних злочинів, визначених ч. 1 ст. 438 КК, зокрема судимість у якої незнята і не погашена, не може перевищувати 15 років.

Н. Антонюк слушно зауважує, що існує проблема призначення покарання винному, який вчинив такий воєнний злочин як зґвалтування. Так, відповідно до КК за зґвалту-

вання, що спричинило тяжкі наслідки, вчинене повторно, передбачено покарання у виді позбавлення волі строком на 15 років або довічне позбавлення волі (ч. 6 ст. 152 КК), за зґвалтування малолітньої – 10-15 років позбавлення волі (ч. 4 ст. 152 КК), а за порушення законів і звичаїв війни – 8-12 років позбавлення волі (ч. 1 ст. 438 КК). Таким чином, порушення законів та звичаїв війни, що полягало у вчиненні зґвалтування, карається менш суворо, ніж кваліфіковане «загальнокримінальне» зґвалтування. Фактично у ч. 1 ст. 438 КК не враховуються ні кількість жертв, ні їхній вік, ні тяжкість наслідків для потерпілих (втрата здатності до дітонародження, психічна хвороба, інші тяжкі тілесні ушкодження тощо) [34].

Ці та інші недоліки юридичної конструкції ст. 438 КК, а також проблеми, які виникають під час її застосування, спонукають до пошуку найбільш оптимальних шляхів удосконалення досліджуваної кримінально-правової заборони.

К. П. Задоя слушно зазначає, що положення ст. 438 КК викладені у спосіб вкрай далекий від положень сучасного міжнародного кримінального права щодо воєнних злочинів, відображенням яких є ст. 8 РС. Наприклад, (і) на відміну від ст. 8 РС, ст. 438 КК не містить розгорнутого та вичерпного «каталогу» воєнних злочинів, «компенсуючи» це загальною бланкетною відсилкою до міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України; (ii) ст. 438 КК викладена з використанням невластивої міжнародному праву термінології тощо. У наслідок цього складається парадоксальна ситу-

ація, коли визнання особи винною у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК, об'єктивно неможливе без належного врахування міжнародного права, але віддаленість положень згаданої статті від міжнародного права робить врахування останнього вкрай складним завданням, з яким українські суди справляються не надто добре [28, с. 49].

На переконання М. М. Гнатівського внесення змін і доповнень до КК України щодо забезпечення справедливого та ефективного притягнення до відповідальності за весь спектр серйозних порушень МГП залишається критично важливим кроком у боротьбі з безкарністю за найтяжчі міжнародні злочини і виконанням Україною своїх міжнародних зобов'язань за договірним та звичаєвим міжнародним правом. Значно ефективнішою була б конкретизація ст. 438 КК шляхом передбачення низки різних складів воєнних злочинів, що були б систематизовані за об'єктом злочину, але за змістом відповідали б ст. 8 РС [35].

Не випадково Верховній Раді України рекомендовано у повному обсязі включити у кримінальне законодавство України склади воєнних злочинів, які були класифіковані у ст. 8 РС. Запровадження такого переліку злочинів забезпечить більш ефективно здійснення зобов'язань України в межах МГП щодо припинення його порушень та притягнення до відповідальності воєнних злочинців [36].

Найкращим варіантом вирішення існуючої проблеми видається диференціація кримінальної відповідальності за різні прояви

порушення законів та звичаїв війни у різних статтях КК. Задля реалізації цієї мети розроблено декілька проєктів законів, що пропонують саме такий підхід до удосконалення підстав кримінальної відповідальності за воєнні делікти, однак упродовж 9 років війни вони так і не були прийняті.

Іншим варіантом розв'язання проблеми може стати посилення санкції ч. 1 ст. 438 КК альтернативним покаранням у виді довічного позбавлення волі [33, с. 56]. Однак це фрагментарний підхід, який не передбачає усунення інших вад зазначеної кримінально-правової заборони та не враховує позитивний досвід зарубіжних країн.

**Висновки.** Аналіз визначених предметом цього дослідження питань дозволив дійти таких висновків:

1. Всебічний аналіз ознак, що характеризують об'єктивну сторону порушення законів та звичаїв війни, має суттєве значення для правильної кримінально-правової оцінки цього злочину як воєнного делікту, а відтак – призначення справедливого покарання для воєнних злочинців, що брали участь в агресії РФ проти України.

2. Бланкетний характер диспозиції ст. 438 КК під час її застосування потребує не лише звернення до положень МГП, але й посилення на відповідні норми міжнародних договорів та/або звичаєвих правил і правовий акт, який підтверджує, що Україна є учасницею такого міжнародного договору.

3. Не дивлячись на різноманітність форм об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 438 КК, якими встановлено відповідаль-

ність за широке коло діянь, кримінальному переслідуванню підлягають лише ті з них, які мають ознаки серйозних порушень МГП. Питання про серйозність порушення МГП вирішується органом досудового слідства та судом з урахуванням обставин кримінального провадження.

4. За конструкцією об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни відноситься до злочинів з формально-матеріальним складом. Обов'язковими ознаками окремих форм об'єктивної сторони цього делікту можуть бути місце вчинення злочину (окупована територія) та засоби вчинення злочину (ті, що заборонені міжнародним правом).

5. Сучасні тенденції правозастосування зумовлюють аналіз ознак порушення законів і звичаїв війни не лише з урахуванням традиційної для національної доктрини структури складу злочину, а й з огляду на структуру складів воєнних деліктів, яку використовує Міжнародний кримінальний суд, тобто, «Елементів злочину», що включають матеріальну, ментальну та контекстуальну складові.

Водночас якщо матеріальна та ментальна складові тісно пов'язані з традиційними для кримінального права України об'єктивними та суб'єктивними ознаками, то контекстуальна складова є найбільш спеціальною, оскільки дозволяє виділяти воєнні та інші міжнародні злочини з-поміж ординарних та при цьому розрізняти їх між собою. Останній елемент передбачає необхідність доведення збройного конфлікту (міжнародного чи неміжнародного), його усвідомлення особою, яка вчинила злочин, а

також зв'язку між конкретним інкримінованим особі діянням і цим конфліктом.

6. Підстави кримінальної відповідальності за порушення законів і звичаїв війни потребують удосконалення передусім шляхом диференціації такої відповідаль-

ності в різних статтях КК або принаймні її посилення в ч. 1 ст. 438 КК шляхом збільшення верхньої межі позбавлення волі з дванадцяти до п'ятнадцяти років і включення альтернативного покарання у виді довічного позбавлення волі.

### Список використаних джерел

1. Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану : наук.-практ. комент. / А. А. Вознюк, О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан, С. С. Чернявський та ін. ; за ред. А. А. Вознюка, Р. О. Мовчана, В. В. Чернея. Київ : Норма права, 2022. 278 с.
2. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Кримінально-правова заборона щодо незаконного використання гуманітарної допомоги: сумнівна законодавча новела. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2022. Вип. 2. С. 99–115.
3. Кузнецов В. В., Сийпловіч М. В. Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність як новий виклик сьогодення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2022. Вип. 70. С. 381–388.
4. Мовчан Р. О. Аналіз законодавчих змін, направлених на підвищення ефективності кримінально-правової протидії кіберзлочинності в умовах дії воєнного стану. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 5. С. 494–498.
5. Мовчан Р. О. Аналіз законодавчого рішення про посилення кримінальної відповідальності за мародерство. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2022. № 1. С. 281–285.
6. Мовчан Р. О. Аналіз кримінально-правової новели про несанкціоноване поширення військово значущої інформації (ст. 114-2 Кримінального кодексу України). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 4. С. 326–330.
7. Письменський Є. О., Мовчан Р. О. Новели кримінального законодавства України про колабораційну діяльність. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 6. С. 356–360.
8. 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.
9. 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.
10. Жук І.В. Актуальні питання застосування ст. 436-2 КК України. *Теорія та практика протидії злочинності у сучасних умовах: матеріали міжнар. наук.-практ. конф.* (Львів, 21 жовт. 2022 р.). С. 143-146.
11. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. Кримінальне провадження №1-кп/760/2024/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>
12. TPIY, Prosecutor v. Janko Bobetko, case № IT-02-62, Initial Indictmentt. URL: <https://www.icty.org/x/cases/bobetko/ind/en/bob-ii020826-e.pdf>
13. TPIY, Prosecutor v. Radoslav Brdanin, case № IT-99-36, Trial Chamber Judgement. URL: [https://www.icty.org/x/cases/brdanin/cis/en/cis\\_brdjanin\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/cases/brdanin/cis/en/cis_brdjanin_en.pdf).

14. TPIY, Prosecutor v. Miroslav Bralo, case № IT-95-17, Trial Chamber Judgement. URL: [https://www.icty.org/x/cases/bralo/cis/en/cis\\_bralo.pdf](https://www.icty.org/x/cases/bralo/cis/en/cis_bralo.pdf).

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

16. 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](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text)

17. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України : Закон України від 15 квітня 2014 року № 1207. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>

18. Контрольний текст проекту нового КК України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/12/30/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-30-12-2022.pdf>

19. Заворотько І., Короткий Т. Проти України РФ використовує майже всі заборонені засоби ведення війни. 13 червня 2022 р. URL: <https://www.0619.com.ua/news/3406451/proti-ukraini-rf-vikoristovue-majze-vsi-zaboroneni-zasobi-vedenna-vijni>

20. 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*. Вип. 4 (100). С. 57–74. <https://doi.org/10.33766/2524-0323.100.57-74>

21. Вознюк А. А. Час вчинення злочину: актуальні проблеми кримінально-правового розуміння. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 3. С. 258–262.

22. Elements of crime. International Criminal Court. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>.

23. Коваль Д. О., Авраменко Р. А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : ГО Truth Hounds ; Одеса : Фенікс, 2019. 36 с.

24. 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>.

25. TPIY, Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic, case № IT-96-23 & 23/1, Sentencing Judgement. URL: <https://www.icty.org/en/sid/8095>

26. TPIY, Prosecutor v. Sefer Halilovic, case № IT-01-48, Judgement in the Case the Prosecutor v. Sefer Halilovic. URL: <https://www.icty.org/en/sid/8517>

27. Таран О. В. Обставини, які підлягають доказуванню під час розслідування порушення законів та звичаїв війни. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 7. С. 413–416.

28. Задоя К. П. Справа Шишимаріна: які виклики стоять перед українською судовою практикою в справах про воєнні злочини? *Актуальні проблеми кримінального права* : матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П. П. Михайленка (Київ, 30 листоп. 2022 р.) / [редкол.: В. В. Черней, С. Д. Гусарев, С. С. Чернявський та ін.] / упоряд. А. А. Вознюк, О. М. Шармар, О. А. Федоренко. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 48–53.

29. Яворський В. Справа російського військового Шишимаріна: на які проблеми судочинства та розслідування вказав процес. 20 травня 2022 р. URL: <https://zmina.info/columns/sprava-rosijskogo-vijskovogo-shyshymarina-dyvni-rechi-yaki-pokazaly-problemy-z-sudom-ta-rozsliduvanyam/>

30. Войтюк Т. Справа Шишимаріна: суд переніс розгляд апеляційної скарги російського солдата. 25 липня 2022 р. URL: <https://suspilne.media/264224-sprava-sisimarina-sud-perenis-rozglad-apelacijnoi-skargi-rosijskogo-soldata/>

31. Бондаренко М. С. Контекстуальні та спеціальні елементи в складі воєнних злочинів. *Актуальні проблеми кримінального права* : матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П. П. Михайленка (Київ, 30 листоп. 2022 р.) / [редкол.: В. В. Черней, С. Д. Гусарев, С. С. Чернявський та ін.] / упоряд. А. А. Вознюк, О. М. Шармар, О. А. Федоренко. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 20-23.

32. 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 допов. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1360 с.

33. Вознюк А. А. Кримінально-правові інструменти забезпечення безпекового середовища України під час війни. *Нова архітектура безпекового середовища України*: зб. тез Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 23 грудня, 2022 р.). Харків: Юрайт, 2022. С. 52-56.

34. Підтримка та захист потерпілих і свідків воєнних злочинів: проблемні питання застосування КК і КПК України. *Судова влада України*. 12 грудня 2022. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1357006/>

35. Гнатовський М. М. Повага до прав людини в умовах збройного конфлікту в Україні застосування судами норм міжнародного гуманітарного права та стандартів захисту прав людини. 30 липня 2017 р. URL: [https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/Report\\_Respect-for-HR-in-Conflict\\_Gnatovsky\\_UKR.pdf](https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/Report_Respect-for-HR-in-Conflict_Gnatovsky_UKR.pdf)

36. Зміцнення поваги до міжнародного гуманітарного права. Посібник для народних депутатів України. МКЧХ. 2-ге вид. 2021. 88 с. [https://blogs.icrc.org/ua/wp-content/uploads/sites/98/2021/12/IHL\\_for\\_parliamentarians\\_2\\_edition\\_LR.pdf](https://blogs.icrc.org/ua/wp-content/uploads/sites/98/2021/12/IHL_for_parliamentarians_2_edition_LR.pdf)

**A. Vozniuk**, Doctor of Law, Professor, Head of the Scientific Laboratory on the Problems of Combating Crime of the National Academy of Internal Affairs

**I. Zhuk**, Doctor of Philosophy, Associate Professor, Senior Researcher of the Scientific Laboratory on the Problems of Combating Crime of the National Academy of Internal Affairs

### **General overview of elements of the actus reus element of violation the laws and customs of war**

The article discloses general provisions of the actus reus (objective side) of the violation of the laws and customs of war (Article 438 of the Criminal Code). In particular, it is emphasized that the variety of alternative forms of the objective side of this crime involves the establishment of liability for a wide range of actions, but only those which have signs of serious violations of international humanitarian law are subject to criminal prosecution.

The blanket nature of the dispositions of Art. 438 of the Criminal Code, in connection with which the need to reflect provisions of international treaties and/or customary rules in the qualification along with the reference to Art. 438 of the Criminal Code, is emphasized, which, in turn, is confirmed by both national and international judicial practice.

It is established that violation of the laws and customs of war according to the construction of the objective side belongs to crimes with a formal-material composition. Mandatory features of certain criminally illegal acts provided for in Art. 438 of the Criminal Code, place of the commission of crime (occupied territory – in the commission of looting of national values) and the means of commission of the crime (those prohibited by international law – when using means of warfare prohibited by international law) are recognized. A list of means of warfare, the use of which is prohibited by international treaties, is provided.

Attention is paid to the structure of components of war crimes used by the International Criminal Court – the so-called “Elements of crime”, in particular, the contextual component is emphasized. The importance of establishing the following facts for the correct interpretation of the contextual element of war crimes is emphasized: the presence of an international armed conflict or an armed conflict of a non-international nature; connection between the action and the armed conflict itself; awareness by the perpetrator of the existence of an armed conflict.

It is emphasized on the need to improve the grounds of criminal liability for violating laws and customs of war, primarily by differentiating such liability in various articles of the Criminal Code or at least strengthening it in Part 1 of Art. 438 of the Criminal Code by increasing the upper limit of imprisonment from twelve to fifteen years and including an alternative punishment in the form of life imprisonment.

**Keywords:** *violation of the laws and customs of war; actus reus of the crime structure; serious violations of international humanitarian law; contextual element of war crimes; international armed conflict; prohibited means of warfare; The Rome Statute of the International Criminal Court.*