

слід кваліфікувати як державну зраду (ст. 111 КК України), шпигунство (ст. 114 КК України) або розголошення державної таємниці (ст. 328 КК України).

Кримінальне правопорушення, передбаченого статтею 330 КК України, виражається суспільно небезпечними діями щодо: а) передання; б) збирання з метою передання іноземним підприємствам, установам чи організаціям або їх представникам відомостей, що становлять службову інформацію, визначену як предмет кримінального правопорушення. Однак варто мати на увазі, що такі дії *не мають бути допомогою* іноземній державі, іноземній організації або їх представникам у проведенні підривної діяльності проти України, бо в такому разі дії винного варто кваліфікувати як державну зраду (ст. 111 КК України).

Якщо кримінальне правопорушення вчиняється у формі збирання службової інформації, тобто охоплює і більш ранню стадію суспільно небезпечного діяння є *мета* – передання службової інформації у сфері оборони країни, зібраної в процесі оперативно-розшукової чи контррозвідувальної діяльності, іноземним підприємствам, установам, організаціям або їх представникам.

**Шапвалов Олександр Олександрович,**

перший заступник начальника  
Департаменту захисту інтересів суспільства  
і держави Національної поліції України,  
кандидат юридичних наук;

**Шапвалова Анна Олександрівна,**

провідний науковий співробітник наукової  
лабораторії з проблем протидії злочинності  
Національної академії внутрішніх справ,  
кандидат юридичних наук

## **ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ І ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ (СТ. 438 КК УКРАЇНИ)**

### **I. Кваліфікація лише за ст. 438 КК України**

Як країна-учасниця Женевських конвенцій Україна має міжнародно-правове зобов'язання розслідувати та застосовувати ефективні кримінальні санкції за порушення міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) та інші серйозні порушення міжнародного права, а також низку інших супутніх зобов'язань.

Наразі у чинному КК України наявна одна стаття 438, перша частина якої передбачає відповідальність за воєнні злочини та містить

шість форм об'єктивної сторони злочину. П'ять із них можна умовно назвати спеціальними, а шосту універсальною (загальною), оскільки її зміст розкривається за допомогою бланкетної відсилки до міжнародних договорів у сфері МГП («інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ»).

Таким чином, головна особливість ст. 438 ККУ – це її бланкетне формулювання. На відміну від інших положень спеціальної частини ККУ, де безпосередньо визначений склад злочину, стаття не містить чіткого опису об'єктивної сторони даного складу злочину, який мав би бути вичерпним, а натомість відсилає на «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

Тому, якщо кваліфікації підлягає діяння, пов'язане з порушенням законів і звичаїв війни, яке прямо не зазначене у диспозиції цієї статті, то першоджерелом для визначення кваліфікації діяння є саме норми МГП.

Разом із тим, на теперішній час зустрічається альтернативна позиція щодо можливої кваліфікації воєнного злочину не за ч. 1 ст. 438 КК України, а за так званими «загальнокримінальними» статтями, або за сукупністю злочинів: ч. 1 ст. 438 КК України та «загальнокримінальні» статті.

Така позиція, як правило, обґрунтовується тим, що санкції окремих статей особливої частини КК України, які передбачають відповідальність за певні кваліфіковані та особливо кваліфіковані склади злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості та проти власності передбачають більш суворіше покарання, ніж ч. 1 ст. 438 КК України.

Наприклад санкції ч. 6 ст. 152, ч. 4 ст. 187 передбачають більш суворе покарання, ніж ч. 1 ст. 438 КК України.

Разом із тим, одночасна кваліфікація дій особи за ст. 438 КК України та загальними нормами матиме наслідком створення штучної сукупності злочинів, якої не може бути при конкуренції загальної та спеціальної кримінально-правових норм; по-друге, порушує правила кваліфікації, адже одночасно загальна і спеціальна норма не застосовуються; по-третє, порушує принцип «*Ne bis in idem*», застосовуючи подвійне ставлення у провину (інкримінування). Принцип недопустимості подвійного інкримінування закріплений у ч. 1 ст. 61 Конституції України та набув конкретизації і відображення в кримінальному законодавстві у ч. 3 ст. 2 КК України. Стосовно кваліфікації злочинів цей принцип означає, що інкриміноване особі

суспільно небезпечне діяння не може кваліфікуватись за нормою Особливої частини КК України за умов, що інша кримінально-правова норма, яка застосована під час кваліфікації, в повному обсязі охоплює все вчинене.

Згідно узагальнення Верховного Суду України судової практики з питань кваліфікації повторності та сукупності злочинів від 01.12.2008:

«Суди розрізняють сукупність злочинів від конкуренції загальної та спеціальної норм. У випадках конкуренції між загальною та спеціальною нормами суди застосовують загальне правило: якщо злочин одночасно передбачений загальною і спеціальною нормами, то сукупність злочинів відсутня, і застосуванню підлягає спеціальна норма, яка найбільшою мірою відображає специфіку та особливості такого злочинного діяння» [4].

Таким чином, діяння вчинене особою під час збройного конфлікту підлягає кваліфікації лише за ст. 438 КК України, якщо нею в повному обсязі охоплюється все вчинене.

**II. Кваліфікація за ст. 438 КК України та загальним складом злочину за сукупністю (коли загальний склад злочину є кваліфікованим та передбачає обставини чи наслідки, які не охоплюються спеціальним складом злочину)**

Відповідно до п. 12 постанови Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки» від 04.06.2010 № 7, якщо за певне діяння передбачено відповідальність загальною і спеціальною (за об'єктом посягання, суб'єктом злочину тощо) нормами Особливої частини КК України, таке діяння кваліфікується, як правило, за спеціальною нормою Особливої частини КК України і додаткової кваліфікації за загальною нормою не потребує [1].

Виключенням із правил є випадки коли спеціальний склад злочину не передбачає певні особливості об'єктивної сторони вчинюваного діяння чи настання наслідків.

Підтвердженням такої позиції може бути положення п. 12 постанови Пленуму ВСУ «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи» від 07.02.2003 № 2, відповідно до якого умисне вбивство або замах на вбивство державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу чи його близьких родичів, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, судді, народного засідателя чи присяжного або їх близьких родичів, захисника чи представника особи або їх близьких родичів, начальника військової служби чи іншої особи, яка виконує обов'язки з військової служби, представника іноземної держави

або іншої особи, яка має міжнародний захист, за наявності відповідних підстав належить кваліфікувати тільки за статтями 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ст. 443 КК. Разом з тим, коли умисне вбивство зазначених осіб чи замах на нього вчинені за інших обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115 КК України, дії винної особи додатково кваліфікуються і за відповідними пунктами цієї статті [2].

Аналогічна позиція Пленуму ВСУ, викладена в абз. 1 п. 14 Постанови № 2 від 07.02.2003 «Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи», про необхідність кваліфікації за сукупністю злочинів за п. 10 ч. 2 ст. 115 КК України та за ч. 4 ст. 152 чи ч. 3 ст. 153 КК України, якщо умисне вбивство було поєднане зі згвалтуванням потерпілої особи або насильницьким задоволенням із нею статевої пристрасті неприродним способом, тобто мало місце в процесі вчинення зазначених злочинів чи одразу ж після нього [2].

Така ж позиція про необхідність кваліфікації за сукупністю злочинів наводиться і в абз. 2 п. 12 Постанови Пленуму ВСУ № 5 від 30.05.2008 «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» [3].

Таким чином, виключення із загального правила щодо кваліфікації діяння лише за спеціальним складом злочину має місце тоді, коли загальний склад злочину є кваліфікованим та передбачає обставини чи наслідки, які не охоплюються спеціальним складом злочину.

### **III. Кваліфікація за ч. 1 ст. 438 КК України та загальним складом злочину за сукупністю (коли загальний склад злочину передбачає більш суворе покарання ніж ч. 1 ст. 438 КК України)**

Позиція обґрунтовується тим, що санкції окремих статей особливої частини КК України, які передбачають відповідальність за певні кваліфіковані та особливо кваліфіковані склади злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості та проти власності передбачають більш суворе покарання, ніж ч. 1 ст. 438 КК України.

Наприклад санкції ч. 6 ст. 152, ч. 4 ст. 187 передбачають більш суворе покарання (до 15 років позбавлення волі), ніж ч. 1 ст. 438 КК України (до 12 років позбавлення волі).

Воєнні злочини, які поєднані з умисним вбивством кваліфікуються лише за ч. 2 ст. 438 КК України, оскільки остання передбачає максимальну міру покарання у виді довічного позбавлення волі.

Обґрунтування такої позиції щодо кваліфікації саме більш суворою санкцією статті у постановвах Пленуму ВСУ чи правових позиціях Верховного Суду відсутнє.

#### **IV. Кваліфікація за ст. 438 КК України та всіма іншими загальними складами злочинів, які передбачають відповідне діяння, за сукупністю.**

Позиція обґрунтовується тим, що норми МГП, на яке посилається ст. 438 КК України, не містять чіткого визначення діяння на відміну від загальних складів злочинів.

Обґрунтування такої позиції у постановках Пленуму ВСУ чи правових позиціях Верховного Суду також відсутнє.

Наразі актуальним є визначення конкретної позиції щодо кваліфікації воєнних злочинів у відповідності до КК України у зв'язку із необхідністю закінчення досудових розслідувань та скерування обвинувальних актів до суду у цій категорії кримінальних проваджень.

Отже, враховуючи вищевикладене, необхідно всі серйозні порушення міжнародного гуманітарного права кваліфікувати виключно за статтею 438 КК України без додаткової кваліфікації за «загальнокримінальними» складами злочинів, незалежно від різниці в санкціях, тому що:

- це може призвести до порушення принципу «*Ne bis in idem*» та мати в майбутньому негативні наслідки для України в Європейському Суді з прав людини;

- під час збройного конфлікту теж можуть вчинятися умисні вбивства, зґвалтування тощо, які не є воєнними (чи іншими міжнародними злочинами). Тому під час кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених в умовах збройного конфлікту, варто звертати увагу на елементи злочинів, які притаманні воєнним та іншим міжнародним злочинам. Наявність цих елементів є підставою для розмежування міжнародного злочину від аналогічного загальнокримінального складу злочину, який однак не містить контекстуального елементу – наявності збройного конфлікту та інших елементів, які є обов'язковими для визнання злочину міжнародним;

- обвинувачення за сукупністю статті 438 та іншою статтею подібного злочину Кримінального кодексу України також може бути оскарженою з таких підстав:

- згідно з чотирма Женевськими конвенціями 1949 року та Додатковим протоколом I 1977 року, а також Римським статутом злочини, вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту проти громадян ворога (цивільних осіб, військовополонених), цивільних об'єктів, персоналу та об'єктів, що охороняються, кваліфікуються як воєнні злочини. Таким чином, якщо в запропонованому злочині та статті 438 немає іншого правового елемента, конкретна норма (воєнний злочин) включає загальну норму. Міжнародний кримінальний суд може поставити

питання про те, чому існує кумулятивне звинувачення за злочини, тоді як вони за своєю природою є одним воєнним злочином та якщо матиме місце повторність, то це кваліфікуватиметься як два епізоди – два окремих воєнних злочинів.

- для третіх держав, які розслідують воєнні злочини через універсальну юрисдикцію відповідно до Четвертої Женевської конвенції 1949 року, це може перешкодити застосуванню універсальної юрисдикції та розслідуванню в інших країнах, які мають таку юрисдикцію.

- воєнні злочини не мають строків давності на відміну від «загальнокримінальних».

#### *Список використаних джерел*

1. Про практику застосування судами кримінального законодавства про повторність, сукупність і рецидив злочинів та їх правові наслідки : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 04.06.2010 № 7. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 7. С. 6 – 10.

2. Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 07.02.2003 № 2. URL: <https://zako№.rada.gov.ua>.

3. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 30.05.2008 № 5. URL: <https://zako№.rada.gov.ua>.

4. Узагальнення судової практики з питань кваліфікації повторності та сукупності злочинів (статті 32,33,35 КК України) : Верховний Суд України від 01.12.2008. URL: <https://www.zako№.rada.gov.ua>.

*Шармар Ольга Михайлівна,*

доцент кафедри кримінального права  
Національної академії внутрішніх справ,  
кандидат юридичних наук, доцент

### **ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ Й МАРОДЕРСТВО В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ**

Введення воєнного стану на території України, масове збільшення випадків мародерства, викрадення чужого майна зумовило прийняття Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за мародерство» від 03.03.2022 № 2117-IX. Цим документом внесено зміни до ст. 432, 185, 186, 187, 189, 191, 432 КК України [1].