

СЛУЖБА БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ
ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION
IN EUROPE (OSCE)

ІНСТИТУТ ПІДГОТОВКИ ЮРИДИЧНИХ КАДРІВ
ДЛЯ СЛУЖБИ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ НАЦІОНАЛЬНОГО
ЮРИДИЧНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ІМ. ЯРОСЛАВА МУДРОГО

**РЕТРОСПЕКТИВА
ВІЙСЬКОВОЇ АГРЕСІЇ РФ
В УКРАЇНІ: ЗЛОЧИНИ ПРОТИ
МИРУ, БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА
ТА МІЖНАРОДНОГО
ПРАВОПОРЯДКУ
В СУЧАСНОМУ ВИМІРІ**

*(матеріали міжнародного
науково-практичного круглого столу
22–23 червня 2023 року)*

ІЄ ПРАВОВА
ЄДНІСТЬ
РЕДАКЦІЯ
ЮРИДИЧНИХ
ВИДАНЬ

Київ • Алерта • 2023

**Видано за результатами заходу, що проводився
за сприяння Програми підтримки ОБСЄ для України.
У цій публікації висловлено виключно погляди авторів.
Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією ОБСЄ.**

Редакційна колегія:
Червяков О.І. – канд. юр. наук;
Олсйніков Д.О. – канд. юр. наук;
Грохольський В.П. – канд. юр. наук.

P44 Ретроспектива військової агресії рф в Україні: злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку в сучасному вимірі: матеріали міжнародного науково-практичного круглого столу 22–23 червня 2023 року. Київ : Алерта, 2023. 250 с.

ISBN 978-617-566-778-1

У збірнику представлено матеріали міжнародного науково-практичного круглого столу, присвяченого обговоренню та вирішенню низки проблемних питань, пов'язаних з окремими аспектами військової агресії рф в Україні. Зокрема тези виступів стосувались погляду на збройну агресію рф проти України в контексті міжнародного гуманітарного права; основних засад і особливостей кваліфікації воєнних злочинів та злочинів проти людяності представників держави-агресора; гендерно обумовлених насильницьких злочинів під час війни; удосконалення організаційно-правових засад захисту інформаційної безпеки в умовах збройної агресії.

Видання адресоване співробітникам слідчих підрозділів, працівникам прокуратури, суду, науковим працівникам, аспірантам, викладачам закладів юридичної вищої освіти (факультетів ЗВО), а також іншим особам, до предмету зацікавленості яких відносяться порушені теми.

Редакційна колегія вважає за доцільне повідомити, що не всі положення і висновки окремих авторів є безперечними. Разом з тим, їх публікація здійснюється з метою забезпечення плюралізму наукової думки і публічного обговорення.

Матеріали друкуються мовою оригіналу. За виклад, зміст і достовірність матеріалів, а також використання наукових джерел без відповідного посилання відповідають автори.

УДК 343.337

співпраці з ворогом під час його кримінально-правової кваліфікації піддався індивідуальній оцінці, в тому числі на предмет можливості визнання його малозначним або ж таким, що виключає кримінальну протиправність діяння через наявність обставин крайньої необхідності, фізичного чи психічного примусу.

Список використаних джерел:

1. Злочинна колаборація в умовах збройної агресії: практичний poradnik з кримінально-правової оцінки та розмежування / за ред. В. В. Малюка. Київ: Алерта, 2023. 312 с.

2. Конвенція про захист цивільного населення під час війни (Женева, 12.08.1949 р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.

3. Конвенція про права дитини від 20.11.1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text

4. Про повну загальну середню освіту: Закон України № 463-IX від 16.01.2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/463-20#Text>

КОМАНДНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ПРОБЛЕМИ ПРИТЯГНЕННЯ ДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ТА ПЕРСПЕКТИВИ УДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Вознюк Андрій

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

Міжнародне гуманітарне право (далі – МГП) передбачає не лише можливість притягнення до кримінальної відповідальності осіб, визнаних винними у воєнних злочинах, вчинених одноособово чи у співучасті, але й за бездіяльність, пов'язану з вчиненням

таких злочинів іншими суб'єктами. В останньому випадку йдеться про інститут командної відповідальності. Його **сутність** полягає в тому, що командири та інші начальники несуть кримінальну відповідальність у випадку вчинення їх підлеглими воєнних злочинів, якщо такі начальники знали або повинні були знати, що їхні підлеглі вчиняють або мають намір вчинити ці делікти, і не вжили необхідних і розумних заходів щодо запобігання чи припинення таких кримінально протиправних діянь та притягнення винних до відповідальності.

Отже, командири та інші начальники можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за: 1) серйозні порушення норм МГП, учинені ними як індивідуально, так і у співучасті, зокрема і за віддання наказів про вчинення таких порушень; 2) за воєнні злочини, вчинені їх підлеглими. Ці суб'єкти можуть нести кримінальну відповідальність за усі можливі форми вчинення воєнних злочинів: безпосередньо, спільно з іншими, опосередковано через відання наказу та шляхом бездіяльності, що пов'язана з вчиненням воєнних деліктів підлеглими.

Підстави командної відповідальності. Принцип командної відповідальності визначено у ст. 86, 87 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 р. (далі – ДП I) та ст. 28 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. (далі – РС). Водночас положення цих документів в контексті відповідальності командирів слід розмежовувати. Статті 86, 87 ДП I чинні для України, а тому можуть бути застосовані національними правозастосовними органами. Натомість ст. 28 РС може застосувати лише Міжнародний кримінальний суд, зокрема і щодо воєнних злочинів, учинених в Україні у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом (далі – МЗК), на підставі заяви ВРУ від 25 лютого 2014 р. та постанови ВРУ від 4 лютого 2015 р. Водночас практика застосування ст. 28 РС має значення для тлумачення ст. 86, 87 ДП I. Звичайове МГП також містить положення про відповідальність командування.

У кримінальному законодавстві України, на відміну від інших держав, відсутні норми, безпосередньо присвячені підставам командної відповідальності. Тому національні правозастосовні органи вважають за неможливе притягнення до кримінальної відпові-

дальності в українських судах командирів у межах теорії командної відповідальності за невиконання обов'язків щодо відвернення або припинення серйозних порушень МГП, вчинених їх підлеглими. На переконання правоохоронців, це можливо зробити лише в умовах функціонування спеціального міжнародного трибуналу для осіб, які вчинили міжнародні злочини в Україні¹.

Водночас К.П. Задоя вважає, що формулювання «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ» охоплює і відповідальність військових начальників (командирів) у контексті МЗК на засадах ч. 2 ст. 86 ДП І, тобто в межах так званої командної відповідальності [1, с. 1338]. Тому зазначених начальників і командирів можна притягнути до кримінальної відповідальності за ст. 438 КК на підставі ст. 86, 87 ДП І, кваліфікуючи їх діяння як інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ. Ця позиція видається достатньо обґрунтованою, оскільки бездіяльність, про яку йдеться у ст. 86 ДП І, з одного боку, є порушенням законів і звичаїв війни, а з другого – безпосередньо стосується серйозних порушень МГП, вчинених підлеглими військових командирів (начальників).

Умови притягнення до кримінальної відповідальності начальника згідно зі ст. 86 ДП І:

1. *Особа є начальником підлеглого*, який вчинив або збирається вчинити правопорушення. Це може бути як безпосередній командир підлеглого, так й інші начальники. Доктрина командної відповідальності охоплює як військових командирів, так і цивільних начальників, які обіймають посади юридично чи фактично².

2. *Начальник мав у своєму розпорядженні необхідну інформацію*, яка повинна була б надати йому можливість в наявній на той час обстановці дійти висновку, що підлегла йому особа вчиняє або має намір вчинити порушення (наприклад, відомості про підготовчі дії чи попередні порушення підлеглого).

¹ Наприклад, підстави командної відповідальності визначено в ч. 3 ст. 7 Статуту Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії (далі – МТКЮ): «Той факт, що будь-яке з діянь, згаданих у статтях 2–5 цього Статуту, було вчинено підлеглим, не звільняє його начальника від кримінальної відповідальності, якщо він знав чи повинен був знати, що підлеглий збирається вчинити чи вчинив таке діяння, і якщо начальник не вжив необхідних і розумних заходів щодо запобігання таким діянням або покаранню осіб, які їх вчинили».

² Детальніше про це див. «Celebici case» [2].

Начальник, виправдовуючи свою бездіяльність, може стверджувати про *відсутність у нього необхідної інформації*. Для цих випадків важливо розглянути приклади з практики міжнародних трибуналів, у яких враховано *попередню безкарну неправомірну поведінку*, яка за деяких обставин може становити «достатнє повідомлення». У рішеннях МТКЮ є приклади притягнення до кримінальної відповідальності командирів за відання наказу на атаку солдатам, які попередньо вчинили такий воєнний злочин, як невибірковий обстріл території, що залишився без уваги. Загальне беззаконня та поведінка підлеглих також були важливими аргументами для трибуналів. Вони акцентували на тому, що *дисциплінарні проблеми* на кшталт невиконання наказів, несанкціонована стрільнина зі зброї, мародерство та підпали можуть засвідчувати ймовірність вчинення воєнних злочинів у майбутньому. Додатково звертали увагу на те, чи вживали солдати алкогольні напої перед виконанням завдання, чи мали вони схильність до насильства чи нестабільний характер (апеляційне рішення у справі «Celebici»). В одному випадку командира притягнуто до кримінальної відповідальності за катування, вчинене підлеглими, на тих підставах, що він *не врахував попередні повідомлення* про жорстоке поводження з полоненими та дискримінаційну поведінку (справа «Prosecutor v. Krnojelac») [3].

У рішенні Міжнародного військового трибунала в Токіо щодо поводження з військовополоненими й інтернованими цивільними особами зазначено, що той факт, що *порушення мають широкий суспільний резонанс, є численними, відбуваються протягом тривалого періоду та в різних місцях*, слід враховувати, щоб прийти до презумпції, що відповідальні особи не могли не знати про них [4].

3. Начальник не вжив усіх можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або припинення цього порушення.

Начальник, який несе відповідальність й обізнаний з фактами, що можуть засвідчувати вчинення або ймовірність вчинення правопорушення, повинен вжити заходів щодо його припинення або запобігання. Зазначене правило стосується як безпосереднього начальника, так і вищих начальників. Конкретні обов'язки командирів висвітлено в ст. 87 ДП І.

Ця умова вимагає застосування як превентивних, так і репресивних заходів. Відповідні заходи здійснюють лише в межах влади

начальника. Наприклад, у рішенні Міжнародного військового трибуналу в Токіо щодо поводження з військовополоненими й інтернованими цивільними особами зазначено, що відповідальні особи зобов'язані забезпечити належне поводження з ув'язненими, уникати жорстокого поводження, а також створити та гарантувати для цього ефективну і сталу систему. Якщо вони утримуються від вжиття необхідних заходів або, здійснивши їх, не забезпечують їх постійне й ефективно застосування, вони не виконують своїх обов'язків, а тому несуть відповідальність. Підстави такої відповідальності лишаються, якщо вони, знаючи про вчинені порушення, утримуються від вжиття в межах своєї компетенції заходів, необхідних для запобігання зазначеним порушенням у майбутньому. Незнання не звільняє їх від відповідальності, якщо це можна пояснити їхньою виною [4].

Пояснюючи свій вирок у справі «Celebici», Судова палата МТКЮ зазначила: *«Пан Мучіч явно не виконував обов'язку начальника в'язниці-табору Челебічі під час збройного конфлікту й дозволив особам, які були під його керівництвом, вчиняти найжахливіші правопорушення, не застосовуючи до них жодних дисциплінарних стягнень. Крім того, він був особою, яка відповідає за умови утримання в'язнів. Судова палата приголомшена браком їжі та запасів води, медичних і спальних місць, які були надані для затриманих, а також атмосферою терору, яка панувала у в'язниці-таборі Челебічі...»* [2].

У ст. 87 ДП I закріплено положення про **обов'язки командирів**:

1. Високі Договірні Сторони і Сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від воєнних командирів, оскільки це стосується членів ЗС, які перебувають під їхнім командуванням, та інших осіб, які перебувають під їхнім контролем, *не допускати порушень ЖК і ДП I* та, в разі необхідності, *припиняти ці порушення і повідомляти про них компетентні органи влади* (ч. 1 ст. 87 ДП I).

2. З метою запобігання порушенням та їх припинення Високі Договірні Сторони і Сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від воєнних командирів відповідно до їхнього рівня відповідальності, щоб вони забезпечували обізнаність осіб, які входять до складу підлеглих їм ЗС, з обов'язками, що покладають на них ЖК і ДП I (ч. 2 ст. 87 ДП I).

3. Високі Договірні Сторони і Сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від кожного командира, який знає про

те, що його підлеглі чи інші особи, що перебувають під його контролем, мають намір вчинити або вчинили порушення ЖК або ДП І, *вжити необхідних заходів для запобігання* таким порушенням ЖК або ДП І та, за потреби, ініціювати *дисциплінарне чи кримінальне переслідування* цих порушників (ч. 3 ст. 87 ДП І).

Укладачі ДП І, ухвалюючи текст протоколу, справедливо вважали, що військові командири не позбавлені **засобів для забезпечення поваги до норм ЖК**: 1) вони перебувають на місці й можуть контролювати війська та зброю, яку вони використовують; 2) командири мають повноваження і більше, ніж будь-хто інший, можуть запобігти порушенням, створивши відповідний настрій, забезпечивши раціональне використання засобів бою та підтримуючи дисципліну; 3) роль командира зобов'язує їх постійно інформувати про те, як їхні підлеглі виконують покладені на них завдання, і вживати для цього необхідних заходів; 4) вони спроможні встановити або забезпечити встановлення фактів, які будуть відправною точкою для будь-яких дій щодо припинення або покарання за порушення [4].

Кожен командир на будь-якому рівні має обов'язок реагувати на правопорушення, ініціюючи **«кроки, необхідні для запобігання таким порушенням»**. Наприклад, унтер-офіцер повинен втрутитися, щоб стримати солдата, який збирається вбити пораненого супротивника або цивільного, лейтенант повинен позначити захищене місце, яке він виявляє під час свого просування, командир роти повинен тримати військовополонених в укритті від вогню, командир батальйону повинен забезпечити переривання атаки, коли він виявляє, що атакована ціль більше не є військовою, а командир полку повинен вибирати цілі так, щоб уникнути невибіркових атак [4].

Деякі дослідники обстоюють думку, що *вимагати від військового командира забезпечувати дотримання ЖК і ДП І є нереалістичним*, оскільки він повинен передусім присвятити себе веденню бою і ніщо не повинно відволікати його від виконання цього важливого завдання. На це можна відповісти так: 1) профілактичний етап, який передбачає навчання членів ЗС і прищеплення їм умінь і навичок, сумісних з вимогами ЖК, відбувається не під час бою, а ще до початку війни; 2) накази віддають не тільки під час бою, а переважно перед ним (усі накази, віддані перед боєм, повинні завжди й на кожному рівні передбачати нагадування про положення ЖК, які стосуються конкретної ситуації); 3) кожен військовий

командир відповідає за все, що відбувається в його секторі, однак це не означає, що він повинен робити все сам: наприклад, працівники військової поліції, медичні працівники та спеціалісти з поводження з військовополоненими повинні бути доступні на відповідних рівнях, додатково до юридичних радників, для виконання, на прохання зацікавлених командирів, таких завдань, які можуть бути доручені їм заздалегідь, до яких вони повинні бути спеціально підготовлені, щоб гарантувати найкраще застосування положень ЖК і ДП І, коли настане час, а також ввести в дію порядки припинення порушень, коли це необхідно [4].

Перспективи удосконалення національного кримінального законодавства. Найкращим варіантом розв'язання проблем притягнення до кримінальної відповідальності командирів за воєнні та інші міжнародні злочини, вчинені їх підлеглими, є доповнення КК відповідними кримінально-правовими заборонами.

У цьому контексті варто звернути увагу передусім на положення проєкту нового КК.

Стаття 11.4.7. Відповідальність командира (начальника) за злочин проти міжнародного гуманітарного права

Особа, а саме:

1) військовий командир чи особа, яка фактично діє як військовий командир, який знав або за обставин, що склалися, повинен був знати, що військові сили вчинили чи мали намір вчинити злочин, передбачений розділами 11.1, 11.2, 11.3 чи 11.4 цього Кодексу, внаслідок його нездатності здійснювати належний контроль над такими силами, але не вжив всіх необхідних і розумних заходів в межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення зазначеного злочину або для передачі цього питання в компетентні органи для розслідування і кримінального переслідування, або

2) начальник, який знав чи свідомо припускав, що підлеглий вчинив або мав намір вчинити злочин, передбачений розділами 11.1, 11.2 або 11.4 цього Кодексу, внаслідок його нездатності здійснювати належний контроль над таким підлеглим, але не вжив всіх необхідних і розумних заходів в межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення зазначеного злочину або для передачі цього питання в компетентні органи для розслідування і кримінального переслідування,

– вчинила злочин 7 ступеня [5].

Водночас щодо цієї норми можна висловити *певні зауваження*:

1. У статті не конкретизовано, про які військові сили йдеться: підпорядковані, непідпорядковані, власної армії чи армії противника.

2. Видається не зовсім коректним вживання в КК терміну «кримінальне переслідування», який не застосовується в КПК України.

3. У диспозиції статті вжито словесну конструкцію «передачі цього питання в компетентні органи для розслідування і кримінального переслідування», яку бажано змінити на усталені вирази (наприклад, «для повідомлення про нього органи досудового розслідування з метою подальшого притягнення до кримінальної відповідальності»).

У контексті доповнення КК України нормами про командну відповідальність заслуговує на увагу і *зарубіжний досвід*.

1. Підстави кримінальної відповідальності начальника можуть *диференціюватися залежно від форми вини*: за умисні дії щодо невиконання обов'язків начальника відповідальність може наставати в межах однієї частини статті (чи декількох частин статті), а за необережні – в межах іншої частини (інших частин) цієї статті. Як приклад, можна навести ст. 321h КК Австрії (Порушення обов'язку нагляду». У ч. 1 цієї статті криміналізовано умисний неналежний нагляд начальника за підлеглим, який перебуває під його фактичним командуванням (управлінням) та контролем, якщо підлеглий вчиняє діяння, передбачене цим розділом, вчинення якого було очевидним для начальника і якому він міг запобігти. Натомість в ч. 2 цієї статті визначено підстави кримінальної відповідальності за дію, передбачену ч. 1 цієї статті, вчинену з необережності. Відповідно до ч. 4 ст. 96 КК Хорватії карається нездійснення нагляду командиром через недбалість.

2. *Неповідомлення начальником компетентних органів* про воєнний злочин, вчинений підлеглим, в законодавстві деяких країн виокремлено в окремі діяння, кримінальна відповідальність за які настає в межах тієї самої норми (наприклад, в ч. 5 ст. 96 КК Хорватії) або в межах самостійних норм (наприклад, у ст. 321i КК Австрії «Неповідомлення про злочин»).

3. У деяких країнах *начальники підлягають такому само-му покаранню як і їх підлеглі*, що вчинили воєнні делікти (наприклад, ст. 472, 473 КК Андорри, ст. 413 КК Грузії, ст. 419 КК Болгарії, ст. 180 КК Боснії і Герцеговини, § 4 Міжнародного крими-

нального кодексу Німеччини, ст. 126b КК Польщі, ст. 435 Словаччини, ст. 462–7 КК Франції, ст. 96 КК Хорватії). Тобто вони фактично караються як співучасники (виконавці) цих злочинів.

Водночас в окремих країнах трапляються і змішані варіанти карності начальників. Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 96 КК Хорватії особа, яка є військовим начальником або цивільною особою, яка займає вище становище, або особою, яка фактично діє як військовий начальник, яка не перешкоджає особі, яка перебуває під її фактичним командуванням і наглядом або фактичною владою і наглядом, вчинити кримінальне правопорушення, передбачене статтями 88–91 цього Закону, карається так як виконавець цього злочину. Натомість інші частини цієї статті містять чітко визначені санкції: ч. 2, 3 – «позбавлення волі на строк від трьох до п'ятнадцяти років», ч. 4 – «позбавлення волі на строк від одного до десяти років», ч. 5 – «карається позбавленням волі від шести місяців до п'яти років».

Список використаних джерел

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. 1360 с.

2. 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. McCarthy, Amy H. Erosion of the Rule of Law as a Basis for Command Responsibility under International Humanitarian Law. Chicago Journal of International Law. 2018, No. 2. P. 553–93. URL: <https://cjlil.uchicago.edu/print-archive/erosion-rule-law-basis-command-responsibility-under-international-humanitarian-law>

4. Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Commentary of 1987. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977?activeTab=1949GCs-APs-and-commentaries>

5. Контрольний текст проекту нового КК України (станом на 22 травня 2023 р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/05/22/kontrolnyj-tekst-proektu-kk-22-05-2023.pdf>