

проведення транзакцій по зняттю готівки з банкомату, однак з використанням обману (щоб отримати доступ до банківської картки, дізнатися її PIN-код тощо) кваліфікується як шахрайство – ст. 190 КК, ч. 1 якої передбачає найбільш суворим видом покарання обмеження волі на строк до трьох років, тобто, вважається кримінальним проступком. Неспіврозмірність цих покарань при схожості кримінально протиправних діянь є очевидною. Не викликає сумнівів необхідність правового врегулювання ситуації, що склалася. Одним із способів вирішення проблеми є доповнення ст. 190 КК тією ж особливо кваліфікуючою ознакою «вчинення діяння в умовах воєнного або надзвичайного стану», хоча з приводу самих змін у КК щодо «посилення відповідальності за мародерство» та їх доцільності точиться чимало дискусій у правничих колах.

Список використаних джерел

1. Дослідження питань шахрайства у банківській сфері. KPMG, 2019. URL: https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ua/pdf/2019/12/Global_Banking_Fraud_Survey.pdf.
2. Шахрайські схеми у період дії воєнного стану. Національний банк України. URL: <https://promo.bank.gov.ua/fin-defense/#section-25>.
3. Вирок Галицького районного суду м. Львова від 19 вересня 2022 року у справі № 463/5714/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106402580>.
4. Вирок Старокостянтинівського районного суду Хмельницької обл. від 22 вересня 2022 року у справі № 683/1542/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106378936>.
5. Вирок Заводського районного суду м. Дніпродзержинська Дніпропетровської обл. від 22 вересня 2022 року у справі № 208/3618/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106387465>.

Задоя Костянтин Петрович,
професор кафедри кримінально-правової
політики та кримінального права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка, кандидат
юридичних наук, доцент

СПРАВА ШИШИМАРІНА: ЯКІ ВИКЛИКИ СТОЯТЬ ПЕРЕД УКРАЇНСЬКОЮ СУДОВОЮ ПРАКТИКОЮ В СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ?

Збройний конфлікт, який розпочався у 2014 році між Україною та Російською Федерацією, породив абсолютно нову для української судової практики категорію справ, а саме – справи про воєнні злочини. Воєнні злочини, що по своїй суті є серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права, караються за кримінальним правом України згідно зі статтею 438 КК («Порушення законів та звичаїв війни»). До початку широкомасштабного вторгнення Російської Федерації на територію України, яке розпочалося 23 лютого 2022 року, українські суди вже постановили декілька обвинувальних вироків за вказаною статтею. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 року у справі № 760/5257/22 щодо військовослужбовця

Збройних Сил Російської Федерації В. Шишимаріна став новою віхою у застосуванні судами статті 438 КК, оскільки вперше обвинуваченого було засуджено за частиною другою цієї статті, яка криміналізує порушення законів та звичаїв війни, якщо вони були поєднані з умисним вбивством.

Справа Шишимаріна, крім того, що викликала великий суспільний резонанс в Україні та поза її межами, заслуговує на увагу і суто з правових причин. Вона добре демонструє ті проблеми, з якими стикаються та будуть стикатися українські суди при застосуванні положень статті 438 КК. Ці положення мають міжнародно-правову генезу, оскільки, як зазначалося вище, воєнні злочини є серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права й прямо заборонені нормами міжнародного кримінального права, однак при цьому вони викладені у спосіб вкрай далекий від положень сучасного міжнародного кримінального права щодо воєнних злочинів, відображенням яких є стаття 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 1998 року (РС). Наприклад, (і) на відміну від статті 8 РС, стаття 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) стаття 438 КК викладена з використанням не властивої міжнародному праву термінології тощо. У наслідок цього складається парадоксальна ситуація, коли визнання особи винною у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого статтею 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. Справа Шишимаріна ілюструє щонайменше дві загальні проблеми, пов'язані із врахуванням міжнародного права при застосуванні статті 438 КК.

1. Проблема врахування міжнародного права при визначенні кола забороненої статтею 438 КК поведінки. Згідно з ч. 2 ст. 438 КК карається порушення законів та звичаїв війни, якщо вони були поєднані з умисним вбивством. Це, на перший погляд, очевидне формулювання насправді не є таким.

По-перше, буквально згідно із зазначеним формулюванням особа підлягає відповідальності за ч. 2 ст. 438 КК у випадку вчинення двох взаємопов'язаних діянь – порушення законів та звичаїв війни та умисного вбивства. Втім кримінальному праву України відомі випадки, коли вказівка на поєднаність певних діянь між собою у положенні Особливої частини КК розглядається судовою практикою як фікція. Наприклад, згідно з ч. 1 ст. 187 КК розбій є нападом з метою заволодіння чужим майном, поєднаним з фізичним насильством чи його погрозою. Однак усталене в судовій практиці тлумачення цього положення розглядає фізичне насильство та погроза його застосування радше як невіддільні складові нападу з метою заволодіння чужим майном, ніж як додаткові щодо нього дія. Тож, можливо, що й у ч. 2 ст. 438 КК слово ««поєднані» є не більше ніж умовністю.

На жаль, з вироку Солом'янського районного суду м. Києва неочевидно, як тлумачив згадане слово суд: як умовність чи як таке, що має реальне значення

для застосування ч. 2 ст. 438 КК. Згідно з фактичними обставинами справи В. Шишимарін застрелив з вогнепальної зброї громадянина України О. Шеліпова і, схоже, що саме ця поведінка В. Шишимаріна й розглядалася судом як така, що утворює кримінальне правопорушення, передбачене ч. 2 ст. 438 КК. У вирокі, однак, також згадується й епізод із заволодінням В. Шишимаріним та ще декількома російськими військовослужбовцями автомобілем іншого громадянина України. На жаль, Солом'янський районний суд м. Києва не вказав, чи вважає він це заволодіння автомобілем порушенням законів та звичаїв війни (порушенням міжнародного гуманітарного права), та чи має це яке-небудь значення для відповідальності В. Шишимаріна за вчинення кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 438 КК.

По-друге, формулювання ч. 2 ст. 438 КК є, на жаль, вкрай сумнівним не лише з перспективи національного кримінального права, але й з перспективи міжнародного гуманітарного та кримінального права. Наприклад, умисне вбивство як окремий вид серйозного порушення міжнародного гуманітарного права (вид воєнного злочину) згадується в статті 147 Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни від 1949 року (ЖК IV) та статті 8(2)(a)(i) РС. Однак згідно з усталеним тлумаченням цих положень поняттям «умисне вбивство» позначаються випадки, коли цивільна особа знаходилася під владою протилежної сторони збройного конфлікту. Тобто йдеться про випадки, які умовно можна описати як *позасудові страти*. З іншого боку, згідно зі статтею 85(3)(a) Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 1977 року (ДП I) серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права визнається перетворення окремої цивільної особи на об'єкт нападу, якщо це спричинило, зокрема, смерть такої особи. Отже, згідно з цим положенням серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права визнається *дистанційна атака* проти цивільної особи, що спричинило смерть цивільної особи. При цьому згідно зі статтею 8(2)(b)(i) Римського статуту, який виражає більш сучасні уявлення про серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, воєнним злочином визнається вже дистанційна атака проти цивільної особи як така, безвідносно до того, чи спричинила така атака смерть цивільного. Таким чином, при тлумаченні невідомого міжнародному праву формулювання ч. 2 ст. 438 КК Солом'янський районний суд м. Києва мав би визначитися із тим, які типи ситуацій взагалі охоплюються згаданим формулюванням:

1) лише ситуації позасудових страт цивільних осіб, які перебували під владою протилежної сторони збройного конфлікту, що найкраще відповідало б більш сучасним положенням РС, до якого при цьому стаття 438 КК прямо не відсилає, оскільки РС не ратифікований Україною;

2) лише ситуації дистанційних атак проти цивільних осіб, які завдали їм смерть, що найкраще відповідало б менш сучасним положенням ЖК III та ДП I, які, однак, ратифіковані Україною;

3) обидва типи ситуацій, що, на перший погляд, забезпечувало б максимальну відповідність і положенням РС, і положенням ЖК III та ДП I, хоча між першими та другими немає внутрішньої узгодженості.

Як впливає з посилань на акти міжнародного права у мотивувальній частині вироку, Солом'янський районний суд м. Києва розглядав ситуацію з позбавленням В. Шишимаріним життя О. Шеліпова як дистанційну атаку на цивільну особу, а не як позасудову страту, що саме по собі не викликає заперечень. Однак, на жаль, у вироку немає жодного пояснення стосовного того, чи охоплює ч. 2 ст. 438 КК такий тип ситуацій взагалі з огляду на міжнародне право.

2. Проблема врахування міжнародного права при застосуванні статті 438 КК в особливих ситуаціях, зокрема в ситуації фактичної помилки щодо ознак потерпілого. В мотивувальній частині вироку Солом'янського районного суду м. Києва зазначається, що В. Шишимарін стріляв у загиблого О. Шеліпова за вказівкою іншого російського військовослужбовця. У вироку прямо вказано, що цей інший військовослужбовець хибно вважав, що О. Шеліпов, який безпосередньо перед пострілом у нього розмовляв телефоном, повідомляє про місцеперебування групи російських військовослужбовців Збройним Силам України, хоча насправді потерпілий розмовляв зі своєю дружиною. Таким чином, об'єктивно потерпілий на момент загибелі був у розмінні міжнародного гуманітарного права "звичайною" цивільною особою, проти якої застосування збройної сили комбатантом є неприпустимим, а в хибному сприйнятті особи, яка віддавала В. Шишимаріну наказ, він був цивільною особою, яка бере участь у бойових діях. У доктрині МГП таких осіб часто називають незаконними (непривілейованими) комбатантами. Правовий статус таких осіб різниться від статусу «звичайних» цивільних осіб у двох аспектах: 1) держава, проти представників якої незаконний (непривілейований) комбатант застосував силу, має право переслідувати таку поведінку як «загально кримінальні» злочини згідно з власним кримінальним законодавством (наприклад, як «загально кримінальне» умисне вбивство чи умисні тілесні ушкодження); 2) проти незаконного (непривілейованого) комбатанта, що є найголовнішим з точки зору фактів справи Шишимаріна, припустиме застосування збройної сили комбатантом. Отже, стверджуючи, що військовослужбовець, який віддавав В. Шишимаріну наказ стріляти, хибно оцінював поведінку потерпілого О. Шеліпова, суд тим самим визнав, що у поведінці цього військовослужбовця була фактична помилка щодо ознак потерпілого, а саме щодо його правового статусу з точки зору міжнародного гуманітарного права. Логічно припустити, що така ж помилка була й у поведінці самого В. Шишимаріна. Однак у вироку суд жодного подібного висновку не зробив, наголошуючи на тому, що (i) загиблий не вчиняв дій, які б можна було трактувати як участь у бойових діях, а (ii) В. Шишимарін міг замість пострілу в потерпілого просто відібрати в нього телефон. Усе це нашоухує на думку, що Солом'янський районний суд м. Києва підходив до питання суб'єктивного ставлення В. Шишимаріна до правового статусу потерпілого з точки зору сталих тенденцій судової практики щодо фактичної помилки винного стосовно ознак потерпілого, які сформувалися в інших категоріях справ.

Наприклад, у справах про згвалтування українська судова практика послідовно не вважає юридично значущою, тобто такою, що впливає на

кримінально-правову кваліфікацію, несумлінну помилку щодо неповнолітнього чи малолітнього віку потерпілого, допускаючи, що у випадках, коли винний не знав, але міг та повинен був знати про такий вік потерпілого, йому може бути інкримінована відповідна кваліфікуюча ознака (див., зокрема, абз. 2 п. 10 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» від 30.05.2008 року № 5», постанову Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 20.10.2022 року у справі № 684/289/20).

Складається враження, що Солом'янський районний суд м. Києва механічно поширив такий підхід і на ч. 2 ст. 438 КК, що виглядає послідовно з точки зору українського кримінального права: якщо в одній категорії справ є усталена позиція щодо неврахування при кримінально-правовій кваліфікації невибачливої фактичної помилки щодо ознак потерпілого, виглядає логічним поширення такої позиції на категорію справ, де ще не склалося якого-небудь сталого підходу з огляду на відносно незначний обсяг практики. Проблема, однак, полягає в тому, що такий підхід є надто спрощеним з точки зору міжнародного права, з огляду на положення якого цей підхід можна як підтвердити, так і спростувати, через приховану суперечність між положеннями міжнародного гуманітарного та кримінального права.

Згідно зі статтею 50(1) ДП I у разі сумніву щодо того, чи є яка-небудь особа цивільною особою, вона вважається цивільною особою. У справі Шишимаріна ця презумпція означала, що оскільки розмова телефоном не є однозначним свідченням участі особи в бойових діях, обвинувачений повинен був утриматися від пострілу в потерпілого. Однак, як не дивно, поведінка комбатанта, яка суперечить передбаченій статтею 50(1) ДП I презумпції, за умовчанням не становить серйозного порушення міжнародного гуманітарного права (воєнного злочину).

Згідно зі статтею 8(2)(b)(i) РС воєнним злочином визнається умисне спрямування нападів на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях. При цьому згідно зі статтею 30(1) РС, якщо не передбачено інше, особа підлягає кримінальній відповідальності й покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, лише в тому випадку, якщо за ознаками складу злочину він учинений *умисно* та *свідомо*, а стаття 30(3) Статуту передбачає, що «*усвідомлення*» з-поміж іншого означає розуміння того, що обставина існує. Таким чином, відповідальність за воєнний злочин, передбачений статтею 8(2)(b)(i) РС настає лише тоді, коли напад на цивільну особу відбувався з усвідомленням винним того, що особа, проти якої спрямовано напад, є цивільною. Відповідно, відсутність такого усвідомлення не дозволяє інкримінувати згаданий воєнний злочин тому, хто вчинив напад на цивільну особу. Такий висновок підтверджує також стаття 32(1) РС, згідно з якою *помилка у факті* є виключає кримінальну відповідальність, лише якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону цього злочину. Тобто, це положення робить юридично значущою будь-яку фактичну помилку, як невибачливу, так і вибачливу, щодо обставин, які мають правове значення для справ про конкретний вид міжнародних злочинів. Оскільки неусвідомлення приналежності потерпілого до числа цивільних осіб свідчить про відсутність

необхідного з точки зору статті 8(2)(b)(i) РС суб'єктивного ставлення, це означає, що подібна фактична помилка захищає особу від кримінального переслідування. Розбіжність у “філософії”, яке лежить в основі статті 50(1) ДП I та статті 8(2)(b)(i) РС, окремі автори дещо емоційно, але загалом вірно характеризують таким чином: перше з цих положень більше відповідає інтересам цивільних осіб, а друге – заохочує комбатантів «спочатку стріляти, а потім розбиратися».

Повертаючись до вироку Солом'янського районного суду м. Києва у справі Шишимаріна, відмічу, що з огляду на кримінально-правову кваліфікацію поведінки засудженого в резолютивній частині вироку та згадані вище фрагменти його мотивувальної частини суд застосував ч. 2 ст. 438 КК «в дусі» статті 50(1) ДП I, а не «в дусі» статті 8(2)(b)(i) РС. На жаль, у вироку немає навіть натяку на розбіжність між згаданими вище положеннями міжнародного права. Утверджений судом у цій справі підхід можна пояснити як сутнісними, так і формальними аргументами. Зокрема, тим, що неврахування невибачливої фактичної помилки комбатанта краще відповідає інтересам захисту цивільних осіб, або тим, що ДП I є міжнародним договором, до якого відсилає стаття 438 КК, оскільки згоду на його обов'язковість надано Верховною Радою України, а РС до числа таких договорів не належить. Проблема, однак, полягає в тому, що Солом'янський районний суд м. Києва не навів жодного із зазначених вище аргументів, а це своєю чергою створює враження, що суд взагалі не угледів глибинну суперечність між нормами міжнародного права, що була релевантною з точки зору обставин, з якими він зіштовхнувся, застосовуючи ч. 2 ст. 438 КК у конкретній справі. Відтак виявляється, що суд фактично застосовував кримінальний закон «наосліп».

Іващенко Віта Олександрівна,
професор кафедри кримінології
та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ,
кандидат юридичних наук, доцент

МІЖНАРОДНІ АСПЕКТИ ЗАБОРОНИ КАТУВАННЯ

На практиці вчиняються кримінальні правопорушення, що можуть мати міжнародний характер. Ураховуючи їх специфіку, можливість вчинення на територіях різних держав, саме міжнародне співробітництво дозволить ефективно запобігати та протидіяти таким суспільно небезпечним діянням.

Важливо зауважити, що держави вже схвалили багато міжнародно-правових договорів. На даний час процес розробки і прийняття таких документів продовжується.

Ми проаналізуємо багатосторонні угоди з питань заборони катування. Адже суспільна небезпека зазначеного кримінального правопорушення велика.

Так, Загальною декларацією прав людини 1948 року встановлено, що ніхто не повинен зазнавати тортур, або жорстокого, нелюдського, або такого, що принижує його гідність, поводження і покарання (ст. 5) [1]. У ст. 7 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966 року зазначено, що нікого не може