



Зоя Загиней-Заболотенко

докторка юридичних наук, професорка,
начальниця відділу аналітичної та правової роботи
Касаційного кримінального суду управління аналітичної
допомоги касаційним судам та Великій Палаті
Верховного Суду департаменту аналітичної
та правової роботи Верховного Суду
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8679-124X>
zabolotenko@supreme.court.gov.ua

DOI: 10.33498/Юш-2023-05-117

Олександр Гладун

кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник,
радник Голови Верховної Ради України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2220-2394>
hладun@rada.gov.ua



УДК 343.337.4

ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ (СТ. 438 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ): ОСОБЛИВОСТІ КВАЛІФІКАЦІЇ З УРАХУВАННЯМ КОНТЕКСТУАЛЬНИХ ОБСТАВИН

АНОТАЦІЯ. Порухення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України (КК України)) – це воєнний злочин, який під час кримінально-правової кваліфікації потребує встановлення, зокрема, контекстуальних обставин, якими є вчинення протиправних дій під час збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру.

Метою статті є визначення конкретних проявів порушення законів та звичаїв війни і вироблення на цій основі правил кваліфікації, якщо такі прояви являють собою так звані “загальнокримінальні” злочини, відповідальність за які передбачена в окремих статтях Особливої частини КК України.

У межах дослідження контекстуальні обставини, на відміну від підходу у міжнародному гуманітарному праві, розглядаються не як визначальні характеристики, що є підставою для віднесення певних дій до категорії воєнних злочинів, а як ознака об’єктивної сторони відповідних кримінальних правопорушень.

Запропоновано у разі, коли відбувається порушення законів та звичаїв війни через вчинення кримінальних правопорушень, передбачених в інших статтях Особливої частини КК України, ідентифікувати таку правозастосовну ситуацію як конкуренцію кримінально-правових норм про “ціле” та “частину”. З урахуванням правил

© Зоя Загиней-Заболотенко, Олександр Гладун, 2023

кримінально-правової кваліфікації та з метою вирішення зазначеної конкуренції запропоновано кваліфікувати ці дії за сукупністю, якщо порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України) полягало у вчиненні “загальнокримінальних” правопорушень, відповідальність за які передбачена в інших статтях Особливої частини КК України, коли такі правопорушення є однаково або більш суспільно небезпечними, ніж саме порушення законів та звичаїв війни. Висловлено припущення про доцільність визначення особливих правил кримінально-правової кваліфікації воєнних злочинів, а саме: обмежене застосування принципу недопустимості подвійного ставлення у вину та необхідності максимально широко кваліфікувати дії осіб, що вчинили ці правопорушення, зокрема й порушення законів та звичаїв війни, за сукупністю.

Ключові слова: воєнні злочини; порушення законів та звичаїв війни; контекстуальні обставини; збройний конфлікт; кримінальна відповідальність; кваліфікація; сукупність; конкуренція; норма кримінального права.

Нова реальність, яка почалася для кожного українця зранку 24 лютого 2022 р., змінивши війну, що фактично тривала з 2014 р., але була за межами її повного усвідомлення, загострила й проблеми правотлумачення та правозастосування. Юридична практика і правнича наука стикнулися з новітніми викликами, пов’язаними з необхідністю нового осмислення та застосування норм про воєнні кримінальні правопорушення, якими рясніє трагедія Українського народу у війні з Російською Федерацією (далі – РФ).

Одним із таких воєнних кримінальних правопорушень є порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України, далі – КК України)¹, яке полягає у жорстокому поводженні з військовополоненими або цивільним населенням, вигнанні цивільного населення для примусових робіт, розграбуванні національних цінностей на окупованій території, застосуванні засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушеннях законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, а також відданні наказу про вчинення таких дій. Кваліфікуючою ознакою цього злочину передбачено вчинення відповідних діянь, поєднаних з умисним убивством.

Відповідно до даних Єдиного звіту про кримінальні правопорушення за січень – грудень 2022 р. упродовж цього періоду обліковано 60 387 кримінальних правопорушень, передбачених у ст. 438 КК України, тоді як у 2021 р. обліковано лише 172 таких кримінальних правопорушення. Таким чином, кількість кримінальних правопорушень цього виду за час воєнного стану зросла у понад 350 разів. Згідно із зазначеними звітами набагато меншій кількості осіб було вручено повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України. Так, у 2022 р. було повідомлено підозру 135 особам, а в 2021 р. –

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 17.03.2023).

13 особам. Тобто кількість підозрюваних за цією статтею збільшилася в 2022 р. у десять разів. Згідно зі статистичним звітом Державної судової адміністрації України (форма № 6 – Звіт про осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності та види кримінальних покарань) у 2022 р. було засуджено 7 осіб за ч. 1 ст. 438 КК України. Із семи засуджених двом було призначено покарання у виді позбавлення волі від 5 до 10 років, а п'ятьом – понад 10 років. Тоді як згідно з аналогічним звітом за 2021 р. жодна особа не була засуджена в Україні за ст. 438 КК України.

Невеликий відсоток осіб, засуджених за вчинення злочину, передбаченого ст. 438 КК України, порівняно з кількістю осіб, яким повідомлено про підозру в 2022 р., свідчить про необхідність особливої доктринальної та правозастосовної уваги до проблеми праворозуміння ознак порушення законів та звичаїв війни, чому, власне, й присвячені наукові праці таких науковців, як В. Базелюк, І. Берднік, А. Вознюк, І. Гловюк, І. Жук, В. Миронова, В. Навроцький, Р. Мкртчян, Г. Тетерятник, М. Хавронюк, О. Шаповалов, А. Шаповалова та ін. Відзначимо й наявність двох комплексних праць, присвячених проблемі кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, а саме дисертацій В. Миронової та В. Базова. Проте далеко не всі аспекти вже було висвітлено, а окремі з них продовжують залишатися дискусійними. Як приклад, питання про те, як слід кваліфікувати дії комбатантів, які порушили закони та звичаї війни, вчинивши тим самим загальнокримінальні злочини. Крім того, більшість наукових праць у царині дослідження підстави кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни більшою мірою належали до теоретичних, оскільки у них порушувалися питання доктринального гатунку, не підкріплені належним емпіричним матеріалом у вигляді остаточних судових рішень у кримінальних провадженнях за ст. 438 КК України.

Метою дослідження є визначення конкретних проявів порушення законів та звичаїв війни і вироблення на цій основі правил кваліфікації, якщо такі прояви являють собою так звані “загальнокримінальні” злочини, відповідальність за які передбачена в окремих статтях Особливої частини КК України.

Насамперед звернемо увагу на те, що порушення законів та звичаїв війни належить до міжнародних воєнних злочинів. Науковці та практики зазначають, що всім міжнародним злочинам притаманні матеріальний, ментальний і контекстуальний аспекти. Як зазначає О. Червякова,

<...> Матеріальний та ментальний елементи – те, що у певній мірі співвідноситься з загальнокримінальним злочином. Якщо будемо мати тільки матеріальний та ментальний елементи, то не завжди зможемо відрізнити загальнокримінальний (ординарний, загальний) злочин від

міжнародного. Контекстуальний елемент дозволяє виділяти міжнародні злочини з-поміж ординарних та при цьому розрізняти їх між собою².

Зазначені вище елементи міжнародного злочину закріплено у Римському статуті Міжнародного кримінального суду (далі – МКС) та Елементах злочинів МКС, що виступає джерелом першого рівня, яке у процесі розгляду справи має пріоритетне значення для МКС. Матеріальний елемент відповідає такій ознаці, як об'єктивна сторона складу злочину, а ментальний – суб'єктивній стороні. При цьому контекстуальний елемент є самостійним у складі міжнародних злочинів нарівні з матеріальним та ментальним³.

У публікаціях відповідні контекстуальні ознаки міжнародних злочинів називають контекстуальним елементом⁴, контекстуальними ознаками⁵, контекстуальним елементом або контекстуальними обставинами⁶. Якщо вести мову про міжнародні злочини, до яких належить порушення законів та звичаїв війни, то контекст виокремлюється як самостійний елемент відповідних складів як у працях юристів-міжнародників, так і в рішеннях МКС. Наприклад, у рішенні у справі Омара Аль-Башира МКС, зокрема, звернув увагу на те, що контекстуальний елемент міжнародних злочинів повинен бути присутній у діяннях цієї особи. І лише у разі ствердної відповіді Суд може констатувати наявність розумних підстав передбачати, що специфічні елементи злочинів, які інкримінуються особі, мали місце⁷.

Слово “контекст” (від лат. *contextus* – тісний зв'язок, з'єднання) у словниках здебільшого визначається як обставини, що формують умови для подій, тверджень чи ідей; обставини, що дають можливість пояснити си-

² О Червякова, ‘Відповідальність за воєнні злочини: механізм та процеси відновлення суверенітету та безпеки України’ [2020] 61 (2) Форум права 152.

³ Н Зелинская, *Международные преступления и международная преступность* (Юридична література 2006) 126.

⁴ Н Антоноук, ‘Наявність контекстуального елемента відрізняє воєнні злочини від “загальнокримінальних”’ (28.10.2022) <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1339593>> (дата звернення: 17.03.2023); М Хавронюк, ‘Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни: двадцять запитань та відповідей’ (*Юридичний Вісник України*, 19.09.2022) <<https://yvu.com.ua/kryminalna-vidpovidalnist-za-porushennya-zakoniv-ta-zvychaiiv-vijny-dvadtsyat-zapytan-ta-vidpovidej>> (дата звернення: 17.03.2023); Т Короткий, І Берднік, ‘Кваліфікація воєнних злочинів за Кримінальним кодексом України’ (*Тренінговий центр прокурорів України*, 15.09.2022) <<https://ptcu.gp.gov.ua/uk/czentr-znap/intervyu-z-treneramy/kvalifikacziya-voennyh-zlochyniv-za-kryminalnym-kodeksom-ukrayiny>> (дата звернення: 17.03.2023).

⁵ Н Стефанів, ‘Проблемні питання застосування норм Кримінального кодексу України щодо воєнних злочинів у їх співвідношенні з нормами гуманітарного та міжнародного кримінального права’ <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2022_prezent/2022_07_04_Stefaniv.pdf> (дата звернення: 17.03.2023).

⁶ І Гловюк, Г Тетерятник, ‘Контекстуальні елементи у провадженнях щодо воєнних злочинів: предмет доказування sui generis’ (2022) 6 *Юридичний науковий електронний журнал* 395–8.

⁷ Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest Against Omar Al-Bashir, Al Bashir (ICC-02/05-01/09) <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-3>> (accessed: 17.03.2023).

туацію, в якій що-небудь існує чи відбувається⁸. У такому значенні слово “контекст” включається у термінологічний зворот “контекстуальні обставини”, оскільки саме вони формують умови для віднесення вчиненого злочину до категорії воєнних як одного з видів міжнародних злочинів. Як убачається, контекстуальні обставини міжнародних злочинів фактично виконують дві основні функції. Насамперед, вони допомагають встановити відмінності між конкретними видами міжнародних злочинів (наприклад, між злочинами проти людяності та воєнними злочинами). Також контекстуальні ознаки є розмежувальними для воєнних і “загальнокримінальних” злочинів. На нашу думку, контекстуальні обставини у разі кваліфікації діяння за КК України недоцільно виокремлювати самостійним елементом складів міжнародних злочинів, зокрема, елементом порушення законів або звичаїв війни (ст. 438 КК України). Такі обставини характеризують об’єктивну сторону злочину, а тому органічно охоплюються саме цим елементом складу злочину.

Висловлюємо лише наукову презумпцію, що контекстуальні обставини належать до такої ознаки об’єктивної сторони, як обстановка вчинення кримінального правопорушення, якою виступає ситуація збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру та зв’язок злочинного діяння з відповідним збройним конфліктом (ст. 8 Елементів злочинів МКС)⁹. При цьому, як зазначає німецький науковець К. Амбос, цей міжнародний документ

не висуває вимоги усвідомлення винуватим факту існування збройного конфлікту чи його характеру як міжнародного або неміжнародного, однак обов’язковою умовою є усвідомлення винуватим фактичних обставин, що визначають існування збройного конфлікту у цілому¹⁰.

Враховуючи формулювання таких контекстуальних обставин, під час кваліфікації дій винуватих за ст. 438 КК України необхідно першочергово встановити існування зв’язку між індивідуальною злочинною поведінкою та збройним конфліктом відповідного характеру, що є центральним компонентом контекстуальних обставин.

Доктрина міжнародного права має достатньо розроблені критерії, що слід розуміти під збройним конфліктом міжнародного або неміжнародного характеру. Тож не має потреби окремо зупинятися на цих питаннях.

⁸ ‘Context’ (*Oxford Learner’s Dictionaries*) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/context?q=context>> (accessed: 17.03.2023); ‘Context’ (*Cambridge Dictionaries Online*) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/context>> (accessed: 17.03.2023); ‘Контекст’ (*Енциклопедія сучасної України*) <<https://esu.com.ua/article-5031>> (дата звернення: 17.03.2023).

⁹ Римський статут Міжнародного кримінального суду <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text> (дата звернення: 17.03.2023).

¹⁰ K Ambos, ‘Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes’ in Vohrah L (ed), *Man’s Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese* (The Hague 2003) 11–40.

Водночас відзначимо, що у різних рішеннях, зокрема Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії (далі – МТКЮ), вироблено такі критерії встановлення зв'язку між учиненим злочином та збройним конфліктом: правопорушник – комбатант; потерпілий – некомбатант і належить до протилежної сторони конфлікту; подібні злочини можуть бути регламентовані як кінцева мета воєнної кампанії; злочин учинено в межах чи у контексті службових обов'язків злочинця¹¹; наявність ситуації тривалого збройного насильства між державною владою та організованими озброєними групами або між такими групами у межах однієї держави; інтенсивність конфлікту та рівень організації сторін конфлікту¹².

Як наявність збройного конфлікту, так і зв'язок вчиненого злочину з цим конфліктом мають бути встановлені судами під час оцінки обґрунтованості кваліфікації за ст. 438 КК України. Аналіз вироків, ухвалених судами України за цією статтею, свідчить, що у них більшою мірою типово сформульовані контекстуальні обставини вчинених протиправних дій, без детального обґрунтування факту наявності збройного конфлікту, однак презюмуючи його існування через опис основних положень міжнародних документів (наприклад, Статуту Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН)¹³, Декларації Генеральної Асамблеї ООН від 9 грудня 1981 р. № 36/103¹⁴, Меморандуму про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї¹⁵, Женевської Конвенції про захист цивільного населення під час війни¹⁶, Додаткового протоколу до Женевських конвенцій, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів¹⁷), нормативно-правових актів України (зокрема Конституції України¹⁸), а також початку збройного конфлікту на теренах нашої країни 24 лютого 2022 р. (наприклад, вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. у справі

¹¹ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment), IT-96-23 & IT-96-23/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 June 2002, Para. 59 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,3debaafe4.html>> (accessed: 21.03.2023).

¹² Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule" (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), IT-94-1-AR72, 2 October 1995, Para. 70 <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>> (accessed: 21.03.2023).

¹³ Статут Організації Об'єднаних Націй <https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/uncharter/UN%20Charter_Ukrainian.pdf> (дата звернення: 17.03.2023).

¹⁴ Декларація о недопустимости интервенции и вмешательства во внутренние дела государств, принята резолюцией 36/103 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1981 г. <https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/internal_affairs_decl.shtml> (дата звернення: 17.03.2023).

¹⁵ Меморандум про гарантії безпеки у зв'язку з приєднанням України до Договору про нерозповсюдження ядерної зброї від 5 грудня 1994 р. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/998_158#Text> (дата звернення: 17.03.2023).

¹⁶ Конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_154#Text> (дата звернення: 17.03.2023).

¹⁷ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р. <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_199#Text> (дата звернення: 17.03.2023).

¹⁸ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 17.03.2023).

№ 760/5257/22¹⁹). В окремих судових рішеннях також підставно прослідковується наявність збройного конфлікту міжнародного характеру, починаючи з 20 лютого 2014 р. (наприклад, вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 8 серпня 2022 р. у справі № 750/2891/22²⁰).

Такі контекстуальні обставини розмежовують порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України) від “загальнокримінальних” злочинів, що вчиняються за звичайних умов. Суспільно небезпечні ж діяння у проаналізованих вироків за ст. 438 КК України полягали у такому:

а) жорстоке поводження з цивільним населенням у формі *умисного вбивства* (вирок Солом’янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. у справі № 760/5257/22), *погрози вбивством* (вирок Бобровицького районного суду Чернігівської області від 25 листопада 2022 р. у справі № 729/592/22²¹), *катування* (вироки Новозаводського районного суду м. Чернігова від 2 листопада 2022 р. у справі № 751/2659/22²², Подільського районного суду м. Києва від 19 грудня 2022 р. у справі № 758/14216/21²³, Котелевського районного суду Полтавської області від 23 грудня 2022 р. у справі № 535/2922/22²⁴, Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 січня 2023 р. у справі № 748/1773/22²⁵), *застосування насильства* (вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 17 листопада 2022 р. у справі № 369/9950/22²⁶), *сексуального насильства* (вироки Новозаводського районного суду м. Чернігова від 2 листопада 2022 р. у справі № 751/2659/22, Бобровицького районного суду Чернігівської області від 25 листопада 2022 р. у справі № 729/592/22), *незаконного позбавлення волі* (вироки Києво-Святошинського районного суду Київської області від 17 листопада 2022 р. у справі № 369/9950/22, Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 січня 2023 р. у справі № 748/1773/22, Чернігівського районного суду Чернігівської області від 10 січня 2023 р. у справі № 748/2272/22²⁷), *викрадення людини* (вироки Бобровицького районного суду Чернігівської

¹⁹ Вирок Солом’янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. у справі № 760/5257/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>> (дата звернення: 17.03.2023).

²⁰ Вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 8 серпня 2022 р. у справі № 750/2891/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105614689>> (дата звернення: 17.03.2023).

²¹ Вирок Бобровицького районного суду Чернігівської області від 25 листопада 2022 р. у справі № 729/592/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/107503138>> (дата звернення: 17.03.2023).

²² Вирок Новозаводського районного суду м. Чернігова від 2 листопада 2022 р. у справі № 751/2659/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/107111142>> (дата звернення: 17.03.2023).

²³ Вирок Подільського районного суду м. Києва від 19 грудня 2022 р. у справі № 758/14216/21 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/108048620>> (дата звернення: 17.03.2023).

²⁴ Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 23 грудня 2022 р. у справі № 535/2922/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/108042992>> (дата звернення: 17.03.2023).

²⁵ Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 січня 2023 р. у справі № 748/1773/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/108357178>> (дата звернення: 17.03.2023).

²⁶ Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 17 листопада 2022 р. у справі № 369/9950/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/107577110>> (дата звернення: 17.03.2023).

²⁷ Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 10 січня 2023 р. у справі № 748/2272/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/108302451>> (дата звернення: 17.03.2023).

області від 24 листопада 2022 р. у справі № 729/574/22²⁸, Подільського районного суду м. Києва від 19 грудня 2022 р. у справі № 758/14216/21, Котелевського районного суду Полтавської області від 23 грудня 2022 р. у справі № 535/2922/22), *примушуванні осіб, що перебувають під захистом, служити в збройних силах держави-окупанта* (вирок Дарницького районного суду м. Києва від 30 січня 2023 р. у справі № 753/23311/21²⁹);

б) пограбування цивільного населення (вироки Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. у справі № 760/5257/22, Шевченківського районного суду м. Києва від 3 серпня 2022 р. у справі № 761/14035/22³⁰, Новозаводського районного суду м. Чернігова від 31 серпня 2022 р. у справі № 751/2961/22³¹, вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26 вересня 2022 р. у справі № 760/4174/22³², Києво-Святошинського районного суду Київської області від 17 листопада 2022 у справі № 369/9950/22, Бобровицького районного суду Чернігівської області від 24 листопада 2022 р. у справі № 729/574/22, Котелевського районного суду Полтавської області від 26 грудня 2022 р. у справі № 535/2100/22³³, Тростянецького районного суду Сумської області від 1 березня 2023 р. у справі № 588/1009/22³⁴), що охоплює як таємне, так і відкрите заволодіння майном цивільних осіб – грабіж і розбій за національним законодавством;

в) незаконне знищення майна цивільного населення (вироки Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 р. у справі № 535/244/22³⁵, Деснянського районного суду м. Чернігова від 8 серпня 2022 р. у справі № 750/2891/22, вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26 вересня 2022 р. у справі № 760/4174/22).

Отже, як вбачається з проаналізованих вироків, порушення законів та звичаїв війни полягало у вчиненні суспільно небезпечних дій, передбачених у диспозиції ст. 438 КК України з урахуванням міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Водночас конкретні прояви таких суспільно небезпечних дій полягають у вчиненні комбатантами загальнокримінальних злочинів. Відтак вар-

²⁸ Вирок Бобровицького районного суду Чернігівської області від 24 листопада 2022 р. у справі № 729/574/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/107481395>> (дата звернення: 17.03.2023).

²⁹ Вирок Дарницького районного суду м. Києва від 30 січня 2023 р. у справі № 753/23311/21 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/108861126>> (дата звернення: 17.03.2023).

³⁰ Вирок Шевченківського районного суду м. Києва від 3 серпня 2022 р. у справі № 761/14035/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106643372>> (дата звернення: 17.03.2023).

³¹ Вирок Новозаводського районного суду м. Чернігова від 31 серпня 2022 р. у справі № 751/2961/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105986768>> (дата звернення: 17.03.2023).

³² Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26 вересня 2022 р. у справі № 760/4174/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105470003>> (дата звернення: 17.03.2023).

³³ Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 26 грудня 2022 р. у справі № 535/2100/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/108069837>> (дата звернення: 17.03.2023).

³⁴ Вирок Тростянецького районного суду Сумської області від 1 березня 2023 р. у справі № 588/1009/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/109272987>> (дата звернення: 17.03.2023).

³⁵ Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 р. у справі № 535/244/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104531363>> (дата звернення: 17.03.2023).

то поставити питання про те, як слід кваліфікувати дії у таких випадках та чи достатньо при цьому інкримінувати лише ст. 438 КК України. Як слушно зазначає Н. Антонюк, попри важливість “процесуальних тонкощів” у кримінальних провадженнях про порушення законів та звичаїв війни ‘<...> питання кваліфікації є первинними. Адже залежно від цього суддя організовує процес, з’ясовує доказову базу на підтвердження винуватості обвинуваченого’³⁶.

Тому вважаємо, що одним із першочергових завдань на сьогодні є вирішення питання про те, як слід кваліфікувати порушення законів та звичаїв війни: лише за ст. 438 КК України чи за сукупністю з іншими статтями Особливої частини КК України. Отже, необхідним є напрацювання відповідних рекомендацій щодо кваліфікації діянь військовослужбовців, які порушують закони та звичаї війни на терені нашої держави під час збройного конфлікту міжнародного характеру.

Здебільшого у теорії кримінального права та у судовій практиці відповідне питання вирішується на користь того, щоб кваліфікація таких дій військовослужбовців здійснювалася лише за ст. 438 КК України.

Так, Т. Короткий та І. Берднік стверджують, що

<...> порушення законів та звичаїв війни кваліфікується лише за ст. 438 КК і не потребує додаткової кваліфікації за статтями про умисне вбивство, зґвалтування, торгівлю людьми, насильницьке зникнення, катування, заподіяння тілесних ушкоджень, знищення майна тощо³⁷.

На думку О. Шаповалова та А. Шаповалової,

<...> одночасна кваліфікація дій особи за ст. 438 КК та загальними нормами матиме наслідком створення штучної сукупності злочинів, якої не може бути при конкуренції загальної та спеціальної кримінально-правових норм; по-друге, це порушує правила кваліфікації, адже одночасно загальна і спеціальна норма не застосовуються; по-третє, порушує принцип “Non bis in idem”, застосовуючи подвійне ставлення у провини (інкримінування)³⁸.

В усіх проаналізованих виразах за ст. 438 КК України дії військовослужбовців збройних сил РФ кваліфікувалися виключно за цією статтею.

Проте слід звернути увагу на те, що за певні прояви порушення законів та звичаїв війни, закріплені в окремих статтях Особливої частини

³⁶ Н. Антонюк, А. Бущенко, ‘Чим допомогти суддям у розгляді воєнних злочинів, підказали у ВС’ (*Закон і бізнес*, 30.05.2022) <https://zib.com.ua/ua/151571-chim_dopomogti_suddyam_u_rozglyadi_voennih_zlochiv_pidkaza.html> (дата звернення: 17.03.2023).

³⁷ Короткий, І. Берднік (н 4).

³⁸ О. Шаповалов, А. Шаповалова, ‘Особливості кваліфікації порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України)’ в *Проблеми кваліфікації та розслідування кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану*: матеріали наук.-теорет. конф. (Національна академія внутрішніх справ України 2022) 256.

КК України (“загальнокримінальні” злочини), передбачено більш суворі покарання, аніж покарання, визначені у санкції ст. 438 КК України. Про це ж зазначають і деякі науковці та практики. Наприклад, Н. Антонюк зазначає, що, наприклад, ‘зважаючи на те, що згвалтування вчинено в контексті війни, то під час кваліфікації дій слід застосовувати ст. 438 КК’³⁹. Водночас, на її думку,

<...> існує проблема щодо потенційного покарання, яке може бути застосоване до винного. Так, відповідно до КК за згвалтування, що спричинило тяжкі наслідки або вчинене повторно, передбачено покарання у виді позбавлення волі строком на 15 років або довічне позбавлення волі (ч. 6 ст. 152 КК); за згвалтування 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)⁴⁰.

В. Навроцький, визначаючи співвідношення між порушенням законів та звичаїв війни і “загальнокримінальними” злочинами як конкуренція статей про “ціле” і “частину”, вказує на те, що за такого виду конкуренції ‘пріоритет має надаватися статті, яка передбачає злочин у цілому (“ціле”)’. Водночас, на його думку,

<...> якщо ж крім діянь, які охоплюються ст. 438 КК, вчинені інші посягання, то скоєне має бути кваліфіковане за сукупністю. Зокрема, не становить собою порушення законів та звичаїв ведення війни незаконне перетинання державного кордону України поєднане з насильством або із застосуванням зброї (ч. 2 ст. 332² КК) – злочин, за який має відповісти кожен військовослужбовець РФ, що опинився в Україні із ордою загарбників⁴¹.

Таким чином, переважно у теорії кримінального права та в судовій практиці сформувався підхід, відповідно до якого дії військовослужбовців РФ, які порушили закони та звичаї війни, слід кваліфікувати лише за ст. 438 КК України. Проте погодитися з таким підходом повною мірою не можемо.

Статті про порушення законів та звичаїв війни і про “загальнокримінальні” злочини співвідносяться, як справедливо стверджує В. Навроцький та інші науковці, як статті про “ціле” та “частини”. Окрім

³⁹ Н Антонюк, ‘Суддя ВС Антонюк про проблемні питання застосування КК і КПК, які стосуються злочинів, що пов’язані із сексуальним насильством’ (*Advokat post*, 12.12.2022) <<https://advokatpost.com/suddia-vs-antoniuk-pro-problemni-pytannia-zastosuvannia-kk-i-kpk-iaki-stosuiutsia-zlochyniv-shcho-pov-iazani-iz-seksualnym-nasylstvom>> (дата звернення: 17.03.2023).

⁴⁰ Там само.

⁴¹ В Навроцький, ‘Конструкція кримінальної відповідальності РФ, її очільників та їх клеветів за напад на Україну’ в *Українська кримінальна юстиція в умовах війни: Матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції* (2022) 205.

правила про те, що у такому випадку застосуванню підлягає стаття про “ціле”, науковці пропонують ще одне правило кваліфікації за такого виду конкуренції, яке полягає у порівнянні кримінально-правових санкцій, передбачених у статтях про “ціле” та “частину”. Воно полягає у тому, що

протиправну поведінку особи слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, якщо санкція норми – “частини” є більш суворою, ніж санкція статті про “ціле”⁴², або у разі, якщо санкція статті про “частину” є не менш суворою, ніж санкція статті про “ціле”⁴³.

Попри певні відмінності у звучанні такого додаткового правила кваліфікації у разі конкуренції статей про “ціле” та “частину”, вважаємо саме такий підхід обґрунтованим. Адже в разі ігнорування цього правила дії особи, що кваліфіковані лише за статтею про “ціле”, не отримують належної та повної кримінально-правової оцінки. Отже, не буде виконано й однієї з функцій кваліфікації – встановлення ступеня та характеру суспільної небезпеки вчиненого посягання. Крім того, в підсумку, це може зумовити призначення такій особі неадекватної міри покарання, недостатньої для її виправлення та попередження нових кримінальних правопорушень.

Підхід про необхідність кваліфікації порушення законів та звичаїв війни за сукупністю зі статтями Особливої частини КК України, в яких передбачається однакова або більша міра покарання порівняно з тією, що визначена у ст. 438 КК України, можна обґрунтувати такими аргументами.

По-перше, об’єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України, описана законодавцем, природньо, з використанням загальних формулювань, що відповідають вимогам міжнародних концепцій, які власне й передбачають ці закони та звичаї війни (“жорстоке поводження з військовополоненими”, “жорстоке поводження з цивільним населенням” тощо). Такі дії, як свідчить і наведений вище аналіз судової практики, можуть мати вельми різноманітні за своїм характером прояви. Тому й кваліфікація не лише за ст. 438 КК України, а й за іншими статтями Особливої частини Кодексу в разі, якщо такі дії мають тотожний чи вищий ступінь суспільної небезпеки, є закономірним.

По-друге, на нашу думку, загалом всі прояви порушення законів та звичаїв війни у вигляді “загальнокримінальних” злочинів є самостійним діянням відносно такого порушення. Про це свідчить, зокрема, і фор-

⁴² Олександр Марін, *Кваліфікація злочинів при конкуренції кримінально-правових норм* (Атіка 2003) 196.

⁴³ І Давидович, ‘Правила встановлення співвідношення між санкціями статей (частин статей) Особливої частини КК в окремих кримінально-правових ситуаціях’ [2019] 42 (2) Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція 84.

мулювання ч. 2 ст. 438 КК України – “ті самі діяння, поєднані з умисним вбивством”. На думку Л. Брич,

<...> спосіб вчинення злочину, поєднання якого з діянням утворює певний склад злочину, є ознакою, залежною від суспільно небезпечного діяння, зміст якої визначається змістом суспільно небезпечного діяння. Тобто діяння об’єктивно є первинним відносно способу його вчинення <...> законодавча конструкція, яка вказує на поєднання діяння зі способом вчинення злочину, як тим методом, яким воно вчиняється, є одиничним складом злочину⁴⁴.

Тобто на законодавчому рівні фактично виключено можливість кваліфікації порушення законів та звичаїв війни за сукупністю з умисним вбивством через виокремлення кваліфікованого складу цього злочину. Водночас акцентується увага на тому, що умисне вбивство, фактично будучи проявом жорстокого поводження з цивільним населенням, визнається додатковим діянням стосовно порушення законів та звичаїв війни. Тому, вважаємо, що й всі інші “загальнокримінальні” прояви таких порушень, які мають однакову чи більшу міру караності, визначену у санкції статті, порівняно з санкцією ст. 438 КК України, повинні отримувати самостійну кримінально-правову оцінку.

По-третє, кваліфікація дій обвинуваченого не лише за ст. 438 КК України, а й за сукупністю з іншими статтями Особливої частини цього Кодексу, може стати запорукою визначення військовослужбовцям Збройних Сил РФ, які брали участь у збройній агресії проти нашої держави та порушили визнані міжнародною спільнотою закони та звичаї війни, справедливої міри покарання, яка відповідає злодіянням, вчиненим ними на терені України.

Апологети принципу недопустимості подвійного ставлення у вину вочевидь вбачатимуть у кваліфікації за сукупністю ч. 1 ст. 438 КК України (“ціле”) разом зі статтями Особливої частини КК України, в яких передбачено відповідальність за “загальнокримінальні” злочини (“частини”), що є однаково або більше суспільно небезпечними порівняно з порушенням законів та звичаїв війни певну штучність. Водночас, на нашу думку, особливо під час війни, актуальним є питання застосування особливих правил кваліфікації, що зумовлені необхідністю належного реагування на різноманітні прояви кримінально-протиправної поведінки. Оскільки воєнний стан передбачає особливі порядки регулювання певної сфери суспільних відносин, не повинно бути й винятком кримінальне право України, зокрема, у частині правил кримінально-правової кваліфікації,

⁴⁴ Лариса Брич, *Теорія розмежування складів злочинів* (Львівський державний університет внутрішніх справ 2013) 126–7.

які, нагадаємо, у чинному КК України не закріплені, а існують виключно в теорії та у правозастосуванні.

Ігнорування зазначених особливостей зводить нанівець можливості диференціації кримінальної відповідальності щодо різних за своїм характером і ступенем небезпечності порушень законів та звичаїв війни. Адже інший метод такої диференціації – внесення змін до закону про кримінальну відповідальність – досі не було впроваджено. Зокрема, Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права”⁴⁵ не підписаний Президентом України і не набрав чинності. Зі свого боку зареєстрований 15 квітня 2022 р. під № 7290 урядовий законопроект про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України⁴⁶ хоча й включений до порядку денного Верховної Ради України, проте наразі попередньо не розглянутий Головним комітетом. За змістом обидвох зазначених документів КК України має бути доповнений окремими статтями, що передбачають відповідальність за конкретні прояви порушення законів та звичаїв війни, серед яких, зокрема: воєнні злочини проти особи, проти власності, проти культурних цінностей, проти гуманітарних операцій та використання символів, застосування заборонених методів або засобів ведення війни. Реалізація такої ініціативи, очевидно, усуне потребу в застосуванні запропонованих у цій статті правил кримінально-правової кваліфікації.

Висновки. Порушення законів та звичаїв війни як воєнний злочин має місце виключно за наявності контекстуальних обставин, які згідно з вітчизняною кримінально-правовою доктриною не належать до окремого елемента складу кримінального правопорушення, як це прийнято у міжнародному гуманітарному праві, а є ознакою об’єктивної сторони складу кримінального правопорушення (обстановки), що полягає у вчиненні відповідних діянь під час збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру. Наявність таких контекстуальних обставин є підставою для відмежування воєнних злочинів від інших міжнародних злочинів, а також воєнних злочинів від “загальнокримінальних” правопорушень, що передбачені в інших статтях Особливої частини КК України. Порушення законів та звичаїв війни може мати різноманітні прояви, більшість з яких – це “загальнокримінальні” правопорушення (зокрема, умисні вбивства, розбої, зґвалтування тощо), які співвідносяться з самим

⁴⁵ Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права від 27 грудня 2019 р. № 2689 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=2689&conv=9>> (дата звернення: 17.03.2023).

⁴⁶ Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України від 15 квітня 2022 р. № 7290 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39449>> (дата звернення: 17.03.2023).

порушенням законів та звичаїв війни як “ціле” та “частина”. Враховуючи вироблені правила кваліфікації, запропоновано будь-які “загальнокримінальні” прояви порушення законів та звичаїв війни кваліфікувати за сукупністю зі ст. 438 КК України у разі, коли ці прояви є однаково або більш суспільно небезпечними порівняно з порушенням законів та звичаїв війни. Висловлено припущення про доцільність визначення особливих правил кримінально-правової кваліфікації для кримінальних правопорушень, пов’язаних з війною, а саме, йдеться про обмежене застосування принципу недопустимості подвійного ставлення у вину та необхідності максимально широко кваліфікувати дії осіб, що вчинили ці правопорушення, зокрема й за сукупністю.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Brych L, *Teoriia rozmezhuвання skladiv zlochniv* (Vydavnytstvo LNU imeni Ivana Franka 2013) (in Ukrainian).
2. Marin O, *Kvalifikatsiia zlochniv pry konkurentsii kryminalno-pravovykh norm* (Atika 2003) (in Ukrainian).
3. Zelynskaia N, *Mezhdunarodnye prestupleniya y mezhdunarodnaia prestupnost* (Yurydychna literatura 2006) (in Ukrainian).

Dictionaries

4. ‘Context’ (*Cambridge Dictionaries Online*) <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/context>> (accessed: 17.03.2023) (in English).
5. ‘Context’ (*Oxford Learner’s Dictionaries*) <<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/context?q=context>> (accessed: 17.03.2023) (in English).
6. ‘Context’ (*Entsyklopediia suchasnoi Ukrainy*) <<https://esu.com.ua/article-5031>> (accessed: 17.03.2023) (in Ukrainian).

Journal articles

7. Cherviakova O, ‘Vidpovidalnist za voenni zlochny: mekhanizm ta protsesy vidnovlennia suverenitetu ta bezpeky Ukrainy’ [2020] 61 (2) Forum prava 150–62 (in Ukrainian).
8. Davydovych I ‘Pravyly vstanovlennia spivvidnoshennia mizh sanktsiiami statei (chastyn statei) Osoblyvoi chastyny KK v okremykh kryminalno-pravovykh sytuatsiakh’ [2019] 42 (2) Naukovi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Seriia: Yurysprudentsiia 82–5 (in Ukrainian).
9. Hloviuk I, Teteriatnyk H, ‘Kontekstualni elementy u provadzhenniakh shchodo voennykh zlochniv: predmet dokazuvannia sui generis’ (2022) 6 Yurydychnyi naukovi elektronnyi zhurnal 395–8 (in Ukrainian).

Conference papers

10. Ambos K, ‘Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes’ in Vohrah L (ed), *Man’s Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese* (The Hague 2003) (in English).

11. Navrotskyi V, 'Konstruktsiia kryminalnoi vidpovidalnosti RF, yii ochilnykiv ta yikh klevretiv za napad na Ukrainu' v *Ukrainska kryminalna yustytisia v umovakh viiny: Materialy VIII (XXI) Lvivskoho forumu kryminalnoi yustytisii* (2022) 196–205 (in Ukrainian).
12. Shapovalov O, Shapovalova A, 'Osoblyvosti kvalifikatsii porushennia zakoniv ta zvychaiv viiny (st. 438 KK Ukrainy)' v *Problemy kvalifikatsii ta rozsliduvannia kryminalnykh pravoporushen v umovakh voiennoho stanu: materialy nauk.-teoret. konf.* (Natsionalna akademiia vnutrishnikh sprav Ukrainy 2022) 255–60 (in Ukrainian).

Newspaper articles

13. Antoniuk N, 'Naiavnist kontekstualnoho elementu vidrizniaie voienni zlochyny vid "zahalnokryminalnykh"' <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1339593>> (accessed: 17.03.2023) (in Ukrainian).
14. Antoniuk N, 'Suddia VS Antoniuk pro problemni pytannia zastosuvannia KK i KPK, yaki stosuiutsia zlochyniv, shcho poviazani iz seksualnym nasylstvom' (*Advokat post*, 12.12.2022) <<https://advokatpost.com/suddia-vs-antoniuk-pro-problemni-pytannia-zastosuvannia-kk-i-kpk-i-aki-stosuiutsia-zlochyniv-shcho-pov-iazani-iz-seksualnym-nasylstvom>> (accessed: 17.03.2023) (in Ukrainian).
15. Antoniuk N, Bushchenko A, 'Chym dopomohty suddiam u rozghliadi voiennykh zlochyniv, pidkazaly u VS' (*Zakon i biznes*, 20.05.2022) <<https://zib.com.ua/ua/151571-chim-dopomogti-suddyam-u-rozglyadi-voennih-zlochyniv-pidkaza.html>> (accessed: 17.03.2023) (in Ukrainian).
16. Khavroniuk M, 'Kryminalna vidpovidalnist za porushennia zakoniv ta zvychaiv viiny: dvadtsiat zapytan ta vidpovidei' (*Yurydychnyi Visnyk Ukrainy*, 2022) <<https://yvu.com.ua/kryminalna-vidpovidalnist-za-porushennia-zakoniv-ta-zvychayiv-viiny-dvadtsyat-zapytan-ta-vidpovidei>> (accessed: 17.03.2023) (in Ukrainian).
17. Korotkyi T, Berdnik I, 'Kvalifikatsiia voiennykh zlochyniv za Kryminalnym kodeksom Ukrainy' (*Treninhovyi tsentr prokuroriv Ukrainy*, 15.09.2022) <<https://ptcu.gp.gov.ua/uk/czentr-znan/intervyu-z-treneramy/kvalifikacziya-voyennyh-zlochyniv-za-kryminalnym-kodeksom-ukrayiny>> (accessed: 17.03.2023) (in Ukrainian).
18. Stefaniv N, 'Problemni pytannia zastosuvannia norm Kryminalnoho kodeksu Ukrainy shchodo voiennykh zlochyniv u yikh spivvidnoshenni z normamy humanitarnoho ta mizhnarodnoho kryminalnoho prava' <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2022_prezent/2022_07_04_Stefaniv.pdf> (accessed: 17.03.2023) (in Ukrainian).

Zoia Zahynei-Zabolotenko
Oleksandr Hladun

VIOLATION OF LAWS AND CUSTOMS OF WAR
(ARTICLE 438 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE):
PECULIARITIES OF CRIME QUALIFICATION TAKING
INTO ACCOUNT CONTEXTUAL CIRCUMSTANCES

ABSTRACT. Violation of laws and customs of war (article 438 of the Criminal code of Ukraine) is a war crime, which requires establishing contextual circumstances in the process of its qualification. These circumstances consist in the commission of illegal actions during an armed conflict of an international or non-international nature.

The purpose of this article is to determine specific manifestations of violation of the laws and customs of war and to develop rules of qualification on this basis, if such manifestations constitute so-called “general criminal” crimes, responsibility for which is provided in separate articles of the Special part of this Code.

Within the framework of the study, the contextual circumstances, in contrast to the approach in international humanitarian law, are not considered as defining characteristics that are the basis for assigning certain actions to the category of war crimes, but as a sign of the objective side of the relevant criminal offenses.

The case of a violation of the laws and customs of war by committing criminal offenses indicated in other articles of the Special part of the Criminal Code is suggested to identify as a conflict of criminal law norms about “the whole” and “the part”. Taking into account the rules of crimes qualification and with the aim of resolving that conflict, it is proposed to qualify these actions as a complex crime, if the violation of the laws and customs of war consisted in the commission of “general criminal” offenses, when they are equally or more socially dangerous than violations of the laws and customs of war. An assumption was made about the feasibility of defining special rules for the qualification of war crimes, in particular, the limited application of the principle of inadmissibility of double blaming and the need to qualify the actions of persons who violated the laws and customs of war as a complex crime in certain cases.

KEYWORDS: war crimes; violation of laws and customs of war; contextual circumstances; armed conflict; criminal liability; qualification of crime; complex crime; conflict of criminal law norms.