

ЛЬВІВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ ВНУТРІШНІХ СПРАВ  
МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису

**ЗУБАНСЬКИЙ МИКОЛА КОСТЯНТИНОВИЧ**

УДК 344.2

**ДИСЕРТАЦІЯ**  
**КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА**  
**ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ**  
081 «Право»

Подається на здобуття ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідні джерела

\_\_\_\_\_ **М.К. Зубанський**

Науковий керівник – Яремко Галина Зіновіївна, кандидат юридичних наук,  
доцент

Львів – 2023

## АНОТАЦІЯ

*Зубанський М.К.* Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни. Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії (081 Право). Львівський державний університет внутрішніх справ, Львів, 2023.

У дисертації проведено дослідження питання кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни, підсумком якого можна вважати низку нових теоретичних положень, що стосуються питання кримінальної відповідальності вчинення порушення законів та звичаїв війни, які відображені в нормах КК України а також нормах міжнародного гуманітарного права, питання ефективності застосування зазначеної кримінальної правової норми, яка передбачає відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни, а також сформульовано пропозиції, спрямовані на доповнення КК України рядом суспільно-небезпечних діянь, які виступають формами вчинення порушення законів та звичаїв війни та можуть виступати кваліфікуючими та особливо кваліфікуючими ознаками вчинення порушення законів та звичаїв війни.

Дисертаційна робота складається з чотирьох розділів.

Перший розділ передбачає аналіз історіографії кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни. визначено що основним, а також таким який виступає покладеним в основу більшості норми національного та міжнародного законодавства джерелом кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни виступає міжнародний звичай, який в процесі історичного розвитку отримав своє відображення в положеннях національного законодавства, які в свою чергу, з метою посилення кримінально-правової охорони питання забезпечення миру та безпеки людства отримали своє відображення в міжнародних договорах, які були спрямовані на виконання положень як національного так і міжнародного законодавства а також недопущення порушення законів та звичаїв війни, як злочину міжнародного

характеру, які в подальшому отримали своє відображення в положеннях міжнародного гуманітарного права.

Проведено аналіз основних практик формулювання положення про відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни у законодавстві зарубіжних держав, визначено що серед варіантів відображення положення про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни варто виділити три основних варіанти, згідно з яких положення про відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни передбачене в положеннях особливої частини кримінальних кодексів як окреме суспільне небезпечне діяння, або в положеннях спеціалізованих законів, які покликані регулювати питання про відповідальність за вчинення воєнних злочинів, зокрема порушення законів та звичаїв, а також позитивно відмітимо практику наявності у деяких зарубіжних країн спеціалізованого воєнно-кримінального кодексу, положення якого покликані регулювати відповідальність за вчинення воєнних злочинів, а також виступати вагомою базою для недопущення вчинення порушення законів та звичаїв війни, як злочину міжнародного характеру.

Другий розділ дисертаційного дослідження присвячений дослідженню питання об'єктивних ознак порушення законів війни. Зокрема проведено комплексний аналіз визначення питання родового основного а також додаткового об'єктів які покладені законодавцем в кримінально-правову охорону під час порушення законів та звичаїв війни. Досліджено питання потерпілого вчинення аналізованого складу кримінального правопорушення, проведено аналіз предмета вчинення порушення законів та звичаїв війни, а також визначено в яких формах вчинення порушення законів та звичаїв війни встановлення ознак предмета складу кримінального правопорушення, є обов'язковим для кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни. Проведено наскрізний аналіз форм вчинення порушення законів та звичаїв війни які передбачені як національним законодавством у положеннях ст. 438 КК України, так і положеннями міжнародних нормативно-правових актів а також міжнародних договорів згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою

України. Визначено необхідність доповнення переліку суспільно-небезпечних діянь які передбачені частиною першою ст. 438 КК України рядом суспільно-небезпечних діянь які охоплюються міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України як складових елементів диспозиції частини першої ст. 438 КК України.

Третій розділ дисертаційного дослідження присвячений аналізу суб'єктивних ознак складу аналізованого нами кримінального правопорушення «Порушення законів та звичаїв війни», а саме досліджено питання суб'єкту складу кримінального правопорушення передбаченого статтею 438 КК України, проаналізовано випадки можливості кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни іноземців, проведено аналіз питання визначення комбатантів та не комбатантів, як суб'єктів кримінального правопорушення у формах передбачених законодавцем як порушення законів та звичаїв війни, сформульовано підхід згідно з якого пропонується провести диференціацію кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни за ознакою віку а також необхідності наявності спеціальних знань, вмінь та навичок з метою вчинення певних форм порушення законів та звичаїв війни, які отримали своє відображення у запропонованій нами редакції ст. 438 КК України. Визначено що порушення законів та звичаїв війни є комбінованим складом кримінального правопорушення оскільки диспозиція частини першої ст. 438 КК України передбачає ряд суспільно-небезпечних діянь які виступають формами вчинення порушення законів та звичаїв війни і відповідно з їх аналізу можна зазначити що аналізоване нами суспільно небезпечне діяння є складом злочину з формально-матеріальним складом, для якого характерна умисна форма вини у формі прямого або непрямого умислу.

Четвертий розділ дисертаційного дослідження присвячений аналізу питання відмежування порушення законів та звичаїв війни від інших кримінальних правопорушень а також караності порушення законів та звичаїв війни. Дослідження супроводжується аналізом судової практики останніх років як невід'ємного елементу підтвердження ефективності застосування

кримінально-правової норми про порушення законів та звичаїв війни. Доведено що під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни у Вироку суду необхідним є зазначення положень міжнародних договорів згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України а також інших нормативно-правових актів міжнародного характеру, які є частиною національного законодавства України з метою повного та всебічного аналізу суспільно-небезпечного діяння а також його кваліфікації як порушення законів та звичаїв війни.

Сформульовано пропозиції та рекомендації викладу ст. 438 КК України в якісно новій редакції яка дозволить спростити практику застосування даної кримінальної правової норми, а також відповідатиме принципу точності кримінально-правової кваліфікації, під час оцінки дій особи, яка обвинувачується у вчиненні кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни

Обґрунтовані в роботі теоретичні положення, а також висновки та рекомендації, які були отримані в процесі дисертаційного дослідження можуть бути використані як основа законотворчої діяльності для вдосконалення окремих положень КК України в частині вдосконалення положення про кримінальну відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни , а також в навчальному процесі – в процесі підготовки навчально-методичного забезпечення навчальних дисциплін спеціальностей 081 Право та 262 Правоохоронна діяльність, науково-дослідній діяльності - як підґрунтя для проведення подальших наукових досліджень питання кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочин та зокрема за вчинення порушення законів та звичаїв війни.

*Ключові слова:* кримінальне право, воєнний злочин, війна, збройний конфлікт, кримінальне провадження, Женевська конвенція, Гаазька конвенція, кримінальне правопорушення, міжнародне гуманітарне право, міжнародне кримінальне право, склад злочину, порушення законів та звичаїв війни, міжнародне кримінальне правопорушення, Римський статут Міжнародного

кримінального суду, Додатковий протокол до Женевської конвенції, зброя, особливі правові режими, військовослужбовці, цивільне населення, ураження, військовополонений, конкуренція кримінально-правових норм, контекстуальні елементи, система злочинів, комбатанти, не комбатанти, національна безпека.

## SUMMARY

Zubanskiy M.K. Criminal liability for violations of the laws and customs of war. Qualifying scientific work on manuscript rights.

Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy (081 Law). Lviv State University of Internal Affairs, Lviv, 2023.

The dissertation researched the issue of criminal responsibility for committing a violation of the laws and customs of war, the result of which can be considered a number of new theoretical provisions relating to the issue of criminal responsibility for committing a violation of the laws and customs of war, which are reflected in the norms of the Criminal Code of Ukraine as well as norms of international humanitarian law. the question of the effectiveness of the application of the specified criminal legal norm, which provides for responsibility for committing a violation of the laws and customs of war, and also formulated proposals aimed at supplementing the Criminal Code of Ukraine with a number of socially dangerous acts that are forms of committing a violation of the laws and customs of war and can act as qualifying and especially qualifying signs of committing a violation of the laws and customs of war.

The dissertation consists of four sections.

The first chapter provides an analysis of the historiography of criminal responsibility for committing a violation of the laws and customs of war. it is determined that the main source of criminal liability for violations of the laws and customs of war, which is the basis of the majority of national and international legislation, is international custom, which in the process of historical development was reflected in the provisions of national legislation, which, in turn, with the aim of strengthening criminal law protection, the issues of ensuring the peace and security of mankind were reflected in international treaties, which were aimed at the implementation of the provisions of both national and international legislation, as well as the prevention of violations of the laws and customs of war, as a crime of an international nature, which later received their reflected in the provisions of international humanitarian law.

An analysis of the main practices of the formulation of provisions on responsibility for violations of the laws and customs of war in the legislation of foreign countries was carried out, it was determined that among the options for displaying the provisions on responsibility for violations of the laws and customs of war, it is worth highlighting three main options, according to which the provisions on responsibility for violations of laws and customs of war is provided for in the provisions of a special part of criminal codes as a separate socially dangerous act, or in the provisions of specialized laws that are designed to regulate issues of responsibility for the commission of war crimes, in particular violations of laws and customs, and we will also positively note the practice of having a specialized of the Military Criminal Code, the provisions of which are designed to regulate responsibility for the commission of war crimes, as well as to act as a strong basis for preventing violations of the laws and customs of war, as a crime of an international nature.

The second chapter of the dissertation study is devoted to the study of objective signs of violation of the laws of war. In particular, a comprehensive analysis of the definition of the issue of the main generic as well as additional objects, which are placed by the legislator under criminal law protection during the violation of the laws and customs of war, was carried out. The issue of the victim's commission of the analyzed criminal offense was investigated, the subject of violation of the laws and customs of war was analyzed, and it was also determined in which forms of violation of the laws and customs of war, establishing the signs of the subject of the criminal offense, is mandatory for the qualification of a person's actions as a violation of laws and customs of war. An end-to-end analysis of the forms of committing violations of the laws and customs of war, which are provided for both by national legislation in the provisions of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine, and by the provisions of international normative legal acts as well as international treaties, the binding consent of which was granted by the Verkhovna Rada of Ukraine, was carried out. The need to supplement the list of socially dangerous acts provided for by the first part of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine with a number of socially dangerous acts that are covered by international treaties, whose binding consent has been given by the

Verkhovna Rada of Ukraine as constituent elements of the disposition of the first part of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine, has been identified.

The third section of the dissertation study is devoted to the analysis of subjective features of the composition of the criminal offense analyzed by us "Violation of the Laws and Customs of War", namely, the question of the subject of the composition of the criminal offense provided for in Article 438 of the Criminal Code of Ukraine, analyzed cases of the possibility of criminal liability for committing a violation of laws and customs of war of foreigners, an analysis of the issue of defining combatants and non-combatants as subjects of a criminal offense in the forms provided by the legislator as violations of the laws and customs of war was formulated, an approach was formulated according to which it is proposed to differentiate criminal liability for violations of the laws and customs of war based on age and necessity the presence of special knowledge, abilities and skills in order to commit certain forms of violation of the laws and customs of war, which were reflected in our proposed version of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine. It was determined that the violation of the laws and customs of war is a combined criminal offense because the provision of the first part of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine provides for a number of socially dangerous acts that act as forms of committing a violation of the laws and customs of war, and according to their analysis, it can be noted that the socially dangerous act analyzed by us is the composition of a crime with a formal and material composition, which is characterized by an intentional form of guilt in the form of direct or indirect intent.

The fourth chapter of the dissertation study is devoted to the analysis of the issue of distinguishing the violation of the laws and customs of war from other criminal offenses, as well as the punishment for the violation of the laws and customs of war. The study is accompanied by an analysis of judicial practice of recent years as an integral element of confirming the effectiveness of the application of the criminal law norm on violations of the laws and customs of war. It has been proven that during the qualification of a person's actions as a violation of the laws and customs of war in the Court Judgment, it is necessary to indicate the provisions of international treaties, the

binding consent of which was given by the Verkhovna Rada of Ukraine, as well as other regulatory and legal acts of an international nature, which are part of the national legislation of Ukraine with the aim of a complete and comprehensive analysis of a socially dangerous act, as well as its qualification as a violation of the laws and customs of war.

Proposals and recommendations for the presentation of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine in a qualitatively new version have been formulated, which will simplify the practice of applying this criminal legal norm, as well as comply with the principle of accuracy of criminal legal qualification, during the assessment of the actions of a person who is accused of committing a criminal offense of violating laws and customs war

The theoretical provisions substantiated in the work, as well as the conclusions and recommendations that were obtained in the process of the dissertation research can be used as a basis for legislative activity to improve certain provisions of the Criminal Code of Ukraine in terms of improving the provision on criminal liability for committing a violation of the laws and customs of war, as well as in the educational process - in the process of preparing educational and methodological support for educational disciplines of specialties 081 Law and 262 Law enforcement activity, scientific research activity - as a basis for conducting further scientific research on the issue of criminal responsibility for committing war crimes and, in particular, for committing violations of the laws and customs of war.

Key words: criminal law, war crime, war, armed conflict, criminal proceedings, Geneva Convention, Hague Convention, criminal offense, international humanitarian law, international criminal law, composition of the crime, violation of the laws and customs of war, international criminal offense, Rome Statute of the International Criminal Court, Additional Protocol to the Geneva Convention, weapons, special legal regimes, military personnel, civilian population, damage, prisoner of war, competing criminal law norms, contextual elements, crime system, combatants, non-combatants, national security.

## СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

*Наукові праці, в яких опубліковані основні наукові результати дисертації:*

1. Зубанський М.К. Поняття та склад військових злочинів у контексті міжнародного кримінального права. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Випуск № 58. 2022. С. 47-56.

2. Зубанський М.К. Правові обмеження у виборі методів і засобів ведення війни. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право: Том 2 № 78 (2023)

3. Зубанський М. К. Особливості кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечного діяння як порушення законів та звичаїв війни. Міжнародний науковий журнал "Інтернаука". Серія: "Юридичні науки". — 2023. — № 10

*Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

1. Зубанський М.К. Тероризм як глобальна проблема сучасності. Матеріали науково-практичної конференції «Напрями реформування кримінальної юстиції в Україні», Львів, 06.12.2019. (с.65-70)

2. Зубанський М.К. «Збройні конфлікти, поняття та кримінально-правовий огляд (з точки зору міжнародного законодавства)» матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції Актуальні питання вдосконалення чинного законодавства і захисту прав людини в Україні., Хмельницький інститут імені Блаженнішого Володимира, Митрополита Київського і всієї України ПрАТ «ВНЗ «Міжрегіональна Академія управління персоналом». Хмельницький, 10.12.2019.(с.108-115)

3. Зубанський М.К. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, як конституційно-правовий механізм захисту прав і свобод людини і громадянина в сучасному світі. Матеріали круглого столу, присвяченого 71-й річниці прийняття Загальної декларації прав людини, м. Київ, 10.02.2019. (с.94-102)

4. Зубанський М.К. Порушення законів і звичаїв війни - як один з різновидів кримінальних правопорушень міжнародного характеру. Матеріали

Регіонального круглого столу «Дотримання прав людини і громадянина на території проведення операції об'єднаних сил» (до Дня Національної поліції України)» 12 липня 2019 року м. Маріуполь, 12 липня 2019. (с.45-49)

5. Зубанський М.К. Проблемні питання законопроекту № 2689 "Про воєнні злочини", та його відповідність вимогам КК України та чинних міжнародних нормативно-правових актів. Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи: матеріали науково-практичного семінару (м. Львів, Львівський державний університет внутрішніх справ, 11 червня 2021 р.) – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ.

6. Зубанський М. К. Проблематика гармонізації законодавства України та положень Римського статуту Міжнародного кримінального суду (в контексті військових дій на Сході України) Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики: матеріали наукового семінару (25 червня 2021 р.) / упор. М.Т. Гаврильців. Львів: ЛьвДУВС, 2021. (с.90-95)

## ЗМІСТ

<b>ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ.....</b>	<b>14</b>
<b>ВСТУП.....</b>	<b>15-24</b>
<b>РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ.....</b>	<b>25-70</b>
1.1. Загальнотеоретичні основи дослідження питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни.....	25-36
1.2. Історія становлення та розвитку законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни.....	37-68
Висновки до розділу 1.....	69-70
<b>РОЗДІЛ 2 ОБ’ЄКТИВНІ ОЗНАКИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ».....</b>	<b>71-166</b>
2.1. Об’єкт складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни».....	71-94
2.2. Об’єктивна сторона складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни».....	95-164
Висновки до розділу 2.....	164-166
<b>РОЗДІЛ 3. СУБ’ЄКТИВНІ ОЗНАКИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ».....</b>	<b>167-176</b>
3.1. Суб’єкт складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни».....	167-176
3.2. Суб’єктивна сторона складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни».....	177-189
Висновки до розділу 3.....	189-190
<b>РОЗДІЛ 4. ВІДМЕЖУВАННЯ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ ВІД ІНШИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ТА КАРАНІСТЬ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ.....</b>	<b>191-205</b>
Висновки до розділу 4.....	206-208
<b>ВИСНОВОК.....</b>	<b>209-213</b>
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....</b>	<b>214-233</b>

## ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

КК України – Кримінальний кодекс України 2001 року (із змінами та доповненнями)

КК УРСР – Кримінальний кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки

ВРУ – Верховна Рада України

КУпАП – Кодекс України про адміністративні правопорушення.

КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України

ЄС – Європейський союз

США – Сполучені Штати Америки

ФРН – Федеративна Республіка Німеччина

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ст. – стаття, ст.ст. – ст. (статтями)

п. – пункт, п.п. – пункти/пунктів

грн. – гривня

## ВСТУП

**Обґрунтування вибору теми дослідження.** Анексія Криму, проголошення так званих Луганької та Донецької народних республік, а згодом і повномасштабне вторгнення Російської Федерації на територію України у 2022 році, що проявилось у збройній агресії проти держави та цивільного населення породило нові виклики не лише для Української державності, а й для усього сучасного світу. Іловайська трагедія, що супроводжувалася масовими вбивствами українських військовослужбовців під час виходу з військового оточення, а в подальшому їх позасудова страта, застосування тортур, а також інших проявів жорстокого поводження з українськими військовополоненими; масові бомбардування об'єктів цивільної та критичної інфраструктур; створення загрози техногенних катастроф світового масштабу внаслідок блокування Запорізької атомної електростанції та підриву дамби на Каховській гідроелектростанції, масові зґвалтування, вбивства, катування цивільного населення в Бучі, Ірпені, Гостомелі, Бородянці, а також інших населених пунктах Київської, Чернігівської та інших областей, масові розстріли цивільного населення в Маріуполі, серед яких варто відмітити також застосування зброї невибіркової дії до цивільного населення під час бомбардування драматичного театру, лікарень, металургійного комбінату «Азовсталь», вбивство військовополонених в Оленівці, вчинення ракетного обстрілу вокзалів у Краматорську, масові розстріли та катування цивільного населення тощо. Це, на жаль, лише окремі нариси незлічимої кількості кримінальних протиправних безчинств Російської Федерації. Вочевидь, що систематичні та грубі порушення норм міжнародного гуманітарного права стали кримінально протиправною візиткою збройної агресії Російської Федерації на території України. Такі порушення норм міжнародного гуманітарного права є проявами міжнародних злочинів, які посягають на мир, безпеку людства та міжнародний правопорядок, порушують основоположні права та свободи людини і громадянина.

Звичайно, кримінальний закон України містить механізм правової протидії порушенню законів та звичаїв війни. Однак, реальні прояви

кримінально-протиправних діянь держави-агресора є викликом для оцінки повноти та ефективності кримінального закону України, виваженості правозастосовних рішень, врешті, готовності кримінально-правової доктрини відповідати на правозастосовні запити.

В умовах війни правильне та єдине правозастосовне русло виступає засобом гарантії законності притягнення до кримінальної відповідальності. Проте ситуація ускладнена відсутністю усталених правозастосовних підходів в частині кримінально-правової оцінки порушення законів та звичаїв війни, необхідністю відмежування такого злочину від загальнокримінальних правопорушень, а також інших кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, як от геноциду, застосування зброї масового знищення тощо; необхідністю тлумачення змісту ознак складу злочину про порушення законів та звичаїв війни із застосуванням міжнародних приписів, які в порядку бланкетної відсилки наповнюють кримінально-правову норму конкретним змістом; тлумаченням звичаїв війни, які можуть поряд з міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, визначати зміст кримінально-правового припису; окресленням кола суб'єктів кримінального правопорушення; меж дозволеного та недозволеного з урахуванням інституту так званого бойового імунітету тощо. Більше того, попри численність порушень законів та звичаїв війни з боку держави-агресора, формування усталених підходів гальмується перешкодами процесуального характеру. Так, розслідування порушення законів та звичаїв війни постійно ускладнюється тривалим проведенням бойових дій на територіях, на яких вчиняється такі злочини; відсутністю доступу до місця, де було вчинено кримінальне правопорушення; складністю розшуку осіб, яких підозрюють у вчиненні порушення законів та звичаїв війни тощо. А тому цілком закономірним є невелика кількість вироків, розміщених у Єдиному державному реєстрі судових рішень, та слідом, відображених у статистичних даних про стан злочинності в Україні, щодо складу злочину, передбаченого ст. 438 КК України.

Правозастосовні труднощі, слідом, є реальним запитом для доктрини кримінального права України. Звичайно, і до повномасштабного вторгнення Російської Федерації проводилися окремі наукові розвідки щодо кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Проте, саме порушення законів та звичаїв війни не було під пильним науковим прицілом, оскільки фактично не було суспільного запиту в такому. Слід віддати належне комплексному дослідженню відповідальності за порушення законів та звичаїв війни виступає у праці В.П. Базова.

Доводиться констатувати також лише окремі комплексні наукові розвідки, які були б проведені після повномасштабного вторгнення Російської Федерації та які б дали можливість не лише чисто загальнотеоретичного аналізу, але й практики застосування кримінального закону України. Так, варто відзначити праці І.В. Гловюк, напишіть ще вчених.

В цілому, стан війни проти Української держави та масові порушень її законів та звичаїв з боку держави-агресора, відсутність комплексних наукових досліджень та правозастосовні запити обумовлюють необхідність дослідження теми кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни.

### **Зв'язок роботи з науковими програмами, планами та темами.**

Дисертаційне дослідження відповідає тематиці наукових досліджень і науково-технічних розробок на 2020-2024 роки, затвердженій Наказом Міністерства внутрішніх справ України № 454 від 11.06.2020 р. та виконане в межах теми наукової роботи кафедри кримінально-правових дисциплін Інституту права Львівського державного університету внутрішніх справ «Протидія кримінальним правопорушенням, підслідним національній поліції: Правові, кримінологічні та криміналістичні аспекти» (номер державної реєстрації 0121U113930). Тема дисертаційного дослідження була затверджена Вченою радою Львівського державного університету внутрішніх справ (Протокол № 3 від 31.10.2018 р.)

**Мета і завдання дослідження.** Мета дисертаційного дослідження полягає в комплексному та системному аналізі відповідальності за порушення

законів та звичаїв війни як злочину проти миру; виробленні правил кримінально-правової кваліфікації; а також оцінка якості положень чинного КК України в частині відповідальності за таке кримінального правопорушення.

Досягнення зазначеної мети реалізується через виконання комплексу завдань, які покликані забезпечити комплексний аналіз проблематики дисертаційного дослідження:

1. Проаналізувати стан теоретичного дослідження та історію становлення законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни від моменту виникнення перших норм-прототипів, спрямованих на регулювання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни і аж до сучасного стану правового регулювання даної сфери кримінально-правової охорони.

2. Визначити родовий та безпосередній об'єкти порушення законів та звичаїв війни.

3. Окреслити особливості предмету та потерпілого порушення законів та звичаїв війни.

4. Вивчити питання об'єктивної сторони складу злочину порушення законів та звичаїв війни; форм, у яких може вчинятися таке кримінальне правопорушення.

5. Проаналізувати суб'єктивні ознаки складу злочину, передбаченого статтею 438 КК України.

6. Провести відмежування порушення законів та звичаїв війни від інших кримінальних правопорушень.

7. Дослідити питання караності та відповідальності за порушення законів та звичаїв війни на основі аналізу матеріалів судової практики.

**Об'єктом дослідження** виступає охорона та забезпечення миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку кримінально-правовими засобами.

**Предметом дослідження** є кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни.

**Методи дослідження.** Для вирішення завдань поставлених під час формування теми дисертації порушення законів та звичаїв війни було використано наступні методи: історичний - під час аналізу процесу становлення та розвитку національного та міжнародного законодавства про міжнародні збройні конфлікти, а також відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни (підрозділи 1.1., 1.2), аналізу - під час розгляду питання об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни, метод порівняння був застосований під час дослідження питання співвідношення національного та зарубіжного законодавства про кримінальну відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни (підрозділи 1.1., 2.1.), догматичний метод - було застосовано з метою дослідження окремих питань понятійного апарату під час розгляду форм вчинення порушення законів та звичаїв війни а також етимології понять які досліджувалися під час дисертаційного дослідження (підрозділи 2.1., 2.2.), метод моделювання було застосовано з метою практичного моделювання ситуації застосування положень ст. 438 КК України а також під час розгляду практики розгляду Нюрнберзьких та Токійським воєнним трибуналами питань про вчинення воєнних злочинів (підрозділи 3.1., 3.2., розділ 4.), системний метод - був застосований з метою аналізу судової практики а також статистичних даних про вчинення кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни (розділ 4.).

**Емпіричну базу дослідження становлять** матеріали судової практики, розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень. Всього проаналізовано більше сорока рішень судів у справах про порушення законів та звичаїв війни.

Нормативну базу дослідження складають Конституція України; КК України; норми міжнародного гуманітарного права, що застосовуються для з'ясування змісту норми про порушення законів та звичаїв війни.

Науково-теоретична, емпірична та нормативна бази дослідження використані станом на 1 листопада 2023 р.

**Наукова новизна одержаних результатів.** Проведена дисертаційна розвідка є одним із перших комплексних досліджень кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, яке проведене після повномасштабного вторгнення Російської Федерації на терени України, що дозволило здійснити оцінку кримінально-правової охорони миру від порушень законів та звичаїв війни не лише шляхом аналізу нормативних приписів та теоретичних доробок, але й шляхом аналізу правозастосовної практики в частині відповідальності за такий злочин. Це вирізняє таку роботу, яка є теоретичною спробою кримінально-правової оцінки сьогочасних історичних подій, в яких перебуває Українська держава. Таким чином у дисертаційному дослідженні:

*Уперше:*

- Проведено аналіз сучасного стану кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни через призму збройної агресії Російської Федерації на території України.

- Досліджено питання загального правового захисту а також визначено випадки, коли застосовується спеціальний правовий захист населення, як одного з різновидів потерпілих від порушення законів та звичаїв війни.

- Сформульовано низку пропозицій, спрямованих на удосконалення норми про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни:

1) доповнити склад злочину про порушення законів та звичаїв війни суспільно небезпечними діями, серед яких: набір дітей до складу збройних сил або угруповань, які використовуються для участі в бойових діях, а також невинуватне затримання, ненадання допомоги цивільному населенню; депортація або незаконне переміщення цивільного населення

2) доповнити склад злочину про порушення законів та звичаїв війни кваліфікуючою ознакою про жорстоке поводження з пораненими і хворими, вагітними жінками, або жорстоке поводження стосовно батьків, які мають дитину до 14 років, а також окремо виділити як кваліфікований склад жорстоке поводження щодо новонародженої дитини.

3) виключити із норми, передбаченої ч. 1 ст. 438 КК України, вказівку на «національні цінності», і замінити на поняття «культурна та природна спадщина».

- Проведено дослідження судової практики притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 438 КК України.

Як результат дослідження запропоновано нову редакцію ст. 438 КК України.

*Удосконалено:*

- підхід до визначення моменту, з якого склад кримінального правопорушення про порушення законів та звичаїв війни, вчинене у формі застосування способів та засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права є закінченим;

- підхід до розмежування засобів ведення війни, від засобів вчинення складу злочину у формі порушення законів та звичаїв війни;

- сформульовані у науці пропозиції щодо необхідності внесення змін та доповнень до положення КК України, в частині доповнення норми такими кваліфікуючими ознаками, як вчинення порушення законів та звичаїв війни на ґрунті расової релігійної або національної нетерпимості тощо;

- визначення спеціально-зобов'язаної особи окремим різновидом спеціального суб'єкту вчинення аналізованого кримінального правопорушення;

*набули подальшого розвитку:*

- підхід щодо визначення моменту закінчення складу кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни у формі застосування способів та засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного права;

- наукова думка щодо необхідності реформування питання спеціального суб'єкту порушення законів та звичаїв війни;

- наукова думка щодо необхідності внесення змін та доповнень до чинного Кримінального кодексу України у контексті положень ст. 438 КК України.

## **Практичне значення одержаних результатів**

**В законотворчій діяльності** – положення дисертаційного дослідження можуть бути використані в процесі вдосконалення та доповнення положень чинного КК України, які покликані регулювати питання кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни.

**В навчальному процесі** – основні результати дисертаційного дослідження можуть бути використані під час вивчення навчальної дисципліни «Кримінальне право України» (як для підготовки навчально-методичного забезпечення, так і для використання в якості навчального матеріалу під час розгляду питання про воєнні злочини).

**В науково-дослідній діяльності** – окремі проаналізовані в дисертаційному дослідженні аспекти можуть бути використані як основа для подальшого дослідження питання кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни та міжнародних злочинів.

**Апробація результатів дисертації.** Дисертаційне дослідження виконане на кафедрі кримінально-правових дисциплін Інституту права Львівського державного університету внутрішніх справ, обговорене на засіданні кафедри і схвалене та рекомендоване до захисту. Результати дослідження оприлюднені на таких науково-практичних заходах: Науково-практична конференція: «Напрями реформування кримінальної юстиції в Україні», Львів, 06.12.2019, II Всеукраїнська науково-практична конференція: Актуальні питання вдосконалення чинного законодавства і захисту прав людини в Україні., Хмельницький інститут імені Блаженнішого Володимира, Митрополита Київського і всієї України ПрАТ «ВНЗ «Міжрегіональна Академія управління персоналом». Хмельницький, 10.12.2019, Круглий стіл, присвячений 71-й річниці прийняття Загальної декларації прав людини, м. Київ, 10.02.2019, Регіональний круглий стіл: «Дотримання прав людини і громадянина на території проведення операції об'єднаних сил» (до Дня Національної поліції України)» 12 липня 2019 року м. Маріуполь, 12 липня 2019, Науково-практичний семінар: Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи: (м. Львів,

Львівський державний університет внутрішніх справ, 11 червня 2021 р.), Науково-практичний семінар: Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики (25 червня 2021 р.).

**Публікації.** За матеріалами підготовленого дисертаційного дослідження опубліковано 9 наукових праць, з них 3 статті, у виданнях, які включені до переліку наукових фахових видань із юридичних наук, 1 у зарубіжному виданні, 6 тез доповідей на науково-практичних конференціях, круглих столах, семінарах.

**Обсяг і структура дисертації.** Дисертаційна робота складається із вступу, чотирьох розділів, які містять шість підрозділів, висновків, списку використаних джерел (224 найменування на 20 сторінках). Загальний обсяг дисертаційної роботи становить 233 сторінок, з яких основного тексту 213 сторінок.

## **РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ**

### **1.1. Загальнотеоретичні основи дослідження питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни**

Однією з основних проблем негативної тенденції зростання кількості воєнних злочинів поряд зі збройною агресією та періодом дії особливого правового режиму воєнного стану, є недостатні дослідження питань боротьби з такими видами кримінальних правопорушень. У зв'язку з цим є підстави констатувати наявність гострої потреби у проведенні теоретичного опрацювання, зокрема, питань об'єктивних та суб'єктивних ознак складу кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни, з'ясування його юридичних ознак, а також особливостей кваліфікації і призначення покарань.

У кримінально-правовій науці на проблему воєнних злочинів науковці почали звертати увагу наприкінці XIX ст. та на початку XX ст. Серед численних досліджень заслуговують на увагу праці А.К. Вульфєрта, Д. Денгельмайєра, О.О. Мушнікова, В.Д. Спасовича, Н.І. Фалєєва, І.А., Шендзіховського, З.О. Ащитова, В.К. Грищука, В.О. Навроцького, М.І. Панова, Є.Б. Пузиревського, О.М. Сарнавського, М.С. Туркота, М. О. Баймуратова, А. С. Гавердовського, А. І. Дмитрієва, В. І. Дяченка, В. М. Корецького, І. В. Красницького, Д. І. Крупка, С. П. Кучевської, В. С. Лукомського, П.С. Матишевського, М. І. Мельника, П. М. Рабіновича, Л. І. Савінського, П.Л. Фріса, М. І. Хавронюка, М.В. Цюрупи, П. В. Шумського, С. С. Яценка і інших.

До сьогоднішніх днів вивченню усіх елементів та ознак складу кримінального правопорушення «порушення законів та звичаїв війни» приділялося достатньо уваги лише в окремих розділах науково-практичних коментарів КК України ЗНОСКА, а також підручниках Особливої частини

Кримінального права України. Можна відзначити як позитивний результат комплексного дослідження питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни захист дисертацій на здобуття наукового ступеня кандидат юридичних наук у 2008 та 2009 роках на тему кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, проте, у цих роботах не було повною мірою розглядаються проблеми кваліфікації такого суспільно небезпечного діяння, а також майже не приділяється увага аналізу судової практики на основі якої і проводиться оцінка ефективності кримінально-правової норми [36, 157].

Провівши аналіз основних досліджень, спрямованих на вивчення воєнних злочинів, а зокрема, порушення законів та звичаїв війни, є підстави констатувати факт недостатньої уваги серед науковців стосовно вивчення питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни. Окремі роботи представників кримінально-правової науки були присвячені дослідженню ознак складу кримінального правопорушення «порушення законів та звичаїв війни», варто відзначити праці таких науковців, як: В.В. Базелюк, І.В. Берднік, А.А. Вознюк, І.В. Гловюк, І.В. Жук, В.О. Миронової, В.О. Навроцький, Р.С. Мкртчян), інші ж дослідження були спрямовані на кримінологічну характеристику такого кримінального правопорушення, зокрема праці таких авторів: О.В. Таволжанського, В.Ю. Баскакової, Ю.Г. Даник, С.У. Лонергана, В.М. Брижка та С.М. Мохончук. [47, с.75-76].

Дослідження проблеми відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, на думку багатьох науковців, є неможливим без проведення попереднього дослідження питання ролі та значення міжнародних договорів, укладених з метою боротьби з порушенням законів та звичаїв війни. В.Я. Тацій у своїх працях наголошував на нерозривності зв'язку кримінального і міжнародного права, вчений констатував що зв'язок цих галузей права визначається тим, що деякі інститути регулюються і в міжнародному праві, і в національному праві держави, взаємопоеднані, і зазначений зв'язок проявляється в тому, що деякі норми кримінального права введені в кримінальне законодавство на підставі укладення

Україною міжнародних договорів з метою забезпечення миру та безпеки людства або інших сфер існування держави [124, с. 21].

Нерозривність зв'язку кримінального та міжнародного права у своїх роботах також підкреслює В.П. Тихий. Так, науковець зазначає, що зв'язок кримінального права і міжнародного права проявляється в тому, що кримінальне право України покликане виконувати охоронну функцію по відношенню до інших галузей права і навіть по відношенню до міжнародного права [209, с. 143].

Провівши комплексний аналіз спеціальної літератури, а також праць науковців, які займалися дослідженням питань воєнних злочинів і, зокрема, дослідженням відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, можна зазначити, що серед науковців немає єдності стосовно численних питань, які стосуються кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни. В літературі питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни в основному розглядається як один з елементів комплексних досліджень питання воєнних злочинів. В такому випадку порушення законів та звичаїв війни виступає виключно елементом комплексного дослідження і не приділяється увага достатньому аналізу об'єктивних та суб'єктивних ознак даного кримінального правопорушення, а також дослідженню практики притягнення до кримінальної відповідальності за його вчинення на основі аналізу судових рішень.

Під час аналізу теоретичного стану дослідження проблематики відповідальності за воєнні злочини виявлено ряд суперечливих позицій науковців з питань ознак складу кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни.

У теорії кримінального права визначати родовий об'єкт злочинів прийнято відповідно до місця розташування статей, що передбачають відповідальність за їх вчинення в Особливій Частині КК України. Оскільки аналізований нами склад кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни розміщений у розділі XX КК України Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку

більшість науковців родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни пропонує визначати суспільні відносини, що спрямовані на забезпечення миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку [135, с. 93; 121, с. 474]. Як у свою чергу визначає С.П. Кучевська окреслений широкий перелік суспільних відносин, які охоплюються родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни сприяє необхідності виділення менших групових одиниць, а саме видових об'єктів [135, с. 93]. У свою чергу Р. А. Адельханян звертає увагу на те, що порушення законів та звичаїв війни є багатооб'єктним злочином, тобто одночасно відбувається заподіяння шкоди декільком об'єктам кримінально-правової охорони. Таким чином як зазначає науковець завжди поряд з основним об'єктом кримінального правопорушення шкода заподіюється додатковому об'єкту [72, с. 105]. Зазначеного підходу також дотримуються І.Ю. Бєлий. [41, С. 32]. На думку науковця проблема полягає в тому, щоб правильно визначити якому з об'єктів в першу чергу заподіюється, або може бути заподіяна шкода під час вчинення кримінального правопорушення.

У міжнародному кримінальному праві під родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни прийнято визначати дещо інші суспільні відносини Так І.Ю. Бєлий зазначає, що родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни виступають інтереси миру та безпеки людства Окремі науковці зазначають що родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни є підзахисні особи або особи що знаходяться під захистом та їх права [114, с. 8].

В. Ю. Калугін зазначає, що порушення законів та звичаїв війни посягає на суспільні відносини, які під час збройного конфлікту будь-якого характеру регулюють заборону чи обмеження застосування певних засобів чи методів ведення збройної боротьби, забезпечують захист осіб, що користуються під час таких дій міжнародним захистом [110, с.49]. Однак таке визначення родового об'єкта порушення законів та звичаїв війни є не повним, оскільки порушення законів та звичаїв війни, як воєнний злочин, полягає не лише в порушенні заборон чи обмежень у застосуванні певних засобів чи методів ведення війни під

час збройних конфліктів та посяганні на осіб, які знаходяться під міжнародним захистом, але також і в інших діях.

В. П. Базов вважає, що родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни є певна група охоронюваних кримінальним законом тотожних та однорідних суспільних відносин, що забезпечують мир та дотримання загальновизнаних правил ведення війни й інших збройних конфліктів [36, с.11-12]. М. І. Карпенко під безпосереднім об'єктом цього злочину визначає суспільні відносини, що забезпечують захист встановленого у Збройних силах України та утворених відповідно до законів України військових формувань, згідно з нормами міжнародного гуманітарного права. С. О. Харитонов та М. І. Панов безпосереднім об'єктом цього злочину вважають порядок виконання військовослужбовцями вимог міжнародних конвенцій [121, с.471]. М. І. Хавронюк зазначає, що ним є встановлений відповідними міжнародними актами порядок ведення війни. Його додатковими обов'язковими об'єктами залежно від форми злочину є життя і здоров'я особи, власність, а додатковим факультативним об'єктом може бути життя особи [164, с. 1216]. С. О. Харитонов та М. І. Панов безпосереднім об'єктом цього злочину визначають мир між державами та народами [165, с. 476]. Разом з тим слід погодитися з позицією М. І. Хавронюк та В. П. Базова про те, що залежно від форми вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого диспозицією ст. 438 КК України, буде заподіюватися шкода або створюватися загроза заподіяння шкоди іншим, додатковим об'єктам [164, с. 993; 36, с. 11]. Таким чином підсумовуючи різнобічність підходів до розуміння об'єкту кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни доцільно провести комплексне дослідження даного питання через призму аналізу складу кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни в контексті збройної агресії російської федерації на території України.

Найбільш обширною формою вчинення злочину, передбаченого ст. 438 КК України, є застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом. Під час аналізу праць науковців у сфері аналізу об'єктивної сторони

порушення законів та звичаїв війни зазначимо що В.О. Миронова у своїй праці зазначає, що обмеження відповідальності застосуванням саме “засобів ведення війни” у ст. 438 КК є невиправданим, оскільки міжнародно-правові документи забороняють використання і певних методів ведення війни. У свою чергу В.П. Базов, звертає увагу на необхідність встановлення кримінальної відповідальності не тільки за застосування засобів ведення війни, які заборонені міжнародним правом а й за застосування способів ведення війни, які заборонені міжнародним правом, тому враховуючи таку неузгодженість між науковцями а також суттєву відмінність понять спосіб та метод пропонується провести комплексне дослідження питання об’єктивної сторони кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни. Відповідно до КК України можна виділити 6 форм вчинення порушення законів та звичаїв війни. Однією з форм порушення законів та звичаїв війни є вчинення іншого порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Таким чином серед науковців (Базов В.П.) з метою повнішого визначення об’єктивної сторони складу порушення законів та звичаїв війни призюмується включення ряду інших суспільно-небезпечних діянь (наприклад незаконна депортація цивільного населення) до форм порушення законів та звичаїв війни. Зазначимо, що такі зміни не спростять процесу кримінально-правової кваліфікації, та враховуючи міжнародно-правовий характер аналізованого нами суспільно-небезпечного діяння посилення на норми міжнародних договорів під час кваліфікації дій особи, як порушення законів та звичаїв війни є необхідною для точного відображення в рішенні суду інформації про вчинене особою суспільно-небезпечне діяння.

Доцільно виділити декілька груп науковців, які займалися дослідженням питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни. Видається виокремити три групи представників кримінально-правової науки, які займалися дослідженням проблем порушення законів та звичаїв війни. Перша групу науковців – це ті, які займалися дослідженням відповідальності за воєнні злочини через призму дослідження генези кримінальної відповідальності за

вчинення воєнних злочинів, зокрема і за порушення законів та звичаїв війни. Це, зокрема, праці Р.А. Адельханяна, П.П. Андрушка, В.І. Антипової, І.Н. Арцибасова, М.І. Бажанова, В.А. Василенка, С.Б. Гавриша, В.В. Голіни, Н.О. Гуторової, та інших науковців. Зазначимо, що праці окресленого кола науковців присвячені аналізу кримінальної відповідальності за воєнні злочини, як частини загальнокримінальної злочинності [122, с. 456-457]. Серед названих науковців представників відсутня єдність у питанні визначення суб'єкта складу кримінального правопорушення «порушення законів та звичаїв війни».

Порушення законів та звичаїв війни може бути вчинене як загальним, так і спеціальним суб'єктом. У літературі найчастіше зазначається, що загальний суб'єкт характерний для 5 перших форм порушення законів і звичаїв війни, тобто для всіх форм, крім віддання наказу про вчинення дій, передбачених ст. 438 КК України [165, с.1217-1221; 157, с. 175]. Однак В.П. Базов зазначає, що з'ясування об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 439 КК України, свідчить про наявність, так би мовити, «прихованих» ознак, що вказують на можливість учинення окремих злочинних діянь тільки певними особами. В.П. Базов цілком обгрунтовано зазначає, що вчинити порушення законів і звичаїв війни у формі віддання наказу на вчинення дій, визначених ч. 1 ст. 438 КК України, має змогу лише службова особа, здійснення жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням шляхом бездіяльності можливе тільки службовою чи спеціально зобов'язаною особою, лише військовослужбовцями, а також іншими особами. [36, с. 15].

В працях окресленого кола науковців, відповідальність за порушення законів та звичаїв війни розглядається через призму воєнних злочинів, і частково проводиться аналіз саме складу кримінального правопорушення «порушення законів та звичаїв війни», що дає основи та підстави для подальшого дослідження питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни. Відзначимо, що така різнобічність підходів до розуміння суб'єкта порушення законів та звичаїв війни зумовлює необхідність проведення комплексного дослідження даного питання.

Як зазначають автори у видані «Розслідування воєнних злочинів і пов'язаних з війною кримінальних правопорушень: кримінально-правові, кримінальні проце-суальні та криміналістичні аспекти» [194.], суб'єктивна сторона порушень законів та звичаїв війни характеризується виною у формі умислу. Можливий як прямий, так і непрямий його види. Останній, зокрема, має місце у випадку здійснення артилерійських обстрілів «за горизонт», тобто по цілях, що перебувають за межами безпосереднього візуального контакту і локалізуються у місцях концентрації цивільного населення, цивільних об'єктів. Винна особа усвідомлює суспільно небезпечний характер своїх дій, в низці випадків не бажає, проте цілком припускає можливість настання суспільно небезпечних наслідків. Так само непрямий умисел має місце і у випадках, наприклад, ракетних обстрілів території України з акваторії Чорного моря або з повітряного простору російської федерації. Спрямування ракет на цілі в межах населених пунктів, навіть якщо безпосередній виконавець переконаний, що здійснює пуски по військовим цілям, так чи інакше, але супроводжується усвідомленням можливості настання суспільно небезпечних наслідків для цивільного населення, навіть якщо винний цього і не бажає.

М.І. Хавронюк зазначає, що порушення законів і звичаїв війни, якщо вони поєднані з умисним вбивством (ч.2 ст. 438 КК України), теж може бути вчинене лише з прямим умислом [165, с.1218]. Зазначимо, що ставлення до наслідків у вигляді смерті може характеризуватися як прямим, так і непрямим умислом. Цей склад злочину є складним, оскільки передбачає діяння у вигляді порушення законів і звичаїв війни й наслідки у вигляді умисного вбивства. Саме ж умисне вбивство полягає в учиненні певних діянь, не обов'язково особами, які вчинили порушення законів і звичаїв війни, і наслідках у вигляді заподіяння смерті, тому дослідження даного питання потребує додаткового розгляду в контексті бойових дій, які відбуваються на території України.

Невід'ємною складовою дослідження питання відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни є питання караності за вчинення даного злочину, під час дослідження якої також розглядаються особливості

ухвалення судами вироків за наслідком розгляду справ про порушення законів та звичаїв війни. Активно питанням дослідження юридичної техніки, а саме способу за допомогою якого проводиться виклад в рішенні суду аналізу об'єктивної сторони вчиненого особою кримінального правопорушення, під час такого процесу займалися: І.О. Биля-Сабадаш, С.В. Бобровнік, Ж.О. Дзейко, Т.О. Дідич, Л.А. Луць, Ю.І. Матвєєва, П.М. Рабінович, В.І. Риндюк, та інші [63, с. 461-464], але зазначимо, що в цій царині вчені-криміналісти є менш активними, та не приділяють достатньо уваги особливостям прийняття рішень за наслідками розгляду судами справ про порушення законів та звичаїв війни. Одними з перших досліджень проблематики конструювання вироків у справах про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни є праці З.А. Загиней-Заболотенко, О.І. Чаплюк, О.О. Кваші (Вироки у кримінальних провадженнях про порушення законів та звичаїв (стаття 438 кримінального кодексу України): окремі особливості техніко-юридичного оформлення. З.А. Загиней-Заболотенко, О.І Чаплюк, О.О Кваша. Юридичний електронний науковий журнал с. 461-464.), а також І.В. Гловюк, яка провела одне з перших комплексних досліджень під назвою Вироки за ст. 438 КК України: порушення законів та звичаїв війни (з 24 лютого 2022 року). Зазначимо, що дані дослідження спрямовані перш за все на вивчення техніки прийняття юридичних рішень під час правозастосування, а також аналізу уже напрацьованого судами базису вироків у справах про порушення законів та звичаїв війни. З врахуванням важливості напрацювання механізму оформлення вироків у справах про порушення законів та звичаїв війни у частині описання усіх ознак об'єктивної сторони складу аналізованого кримінального правопорушення доцільно опрацювати уже ухвалені вирoki через призму аналізу способів описання в них усіх ознак об'єктивної сторони вчиненого діяння, а також дослідити уже наявні тенденції під час оформлення судових рішень, що сприятиме покращенню практики правозастосування, а також стане базисом для подальшого дослідження практики ухвалення судових вироків під час розгляду справ про порушення законів та звичаїв війни.

Основним недоліком вбачається те, що аналізована норма КК України має особливості часового періоду застосування, і неможливо провести комплексний аналіз питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни без дослідження проблематики конструкції складу даного кримінального правопорушення, а також практики призначення покарання за його вчинення без розгляду даної кримінально-правової норми через призму особливих правових режимів, а саме правового режиму воєнного стану. Тому доцільним є виділити третю групу представників кримінально-правової науки, які проводили і проводять активне дослідження проблеми відповідальності за вчинення воєнних злочинів, зокрема і за вчинення порушення законів та звичаїв війни які відбуваються на сучасному етапі розбудови української державності, та під час збройної агресії Російської Федерації, а також дії особливого правового режиму Воєнного стану. Дослідженням проблематики кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни в період збройної агресії Російської Федерації на території України активно займаються: П.Л. Фріс, М. І. Хавронюк, І. В. Красницький, І.В. Гловюк [76], Г.К. Тетерятник, [77, 78], Д. Балобанова [3] [39], О.К. Марін,[146,149], В.В. Шаблистий [27,29,30], С.О. Харитонов, О.О. Дудоров, А.А., Вознюк, М.С. Цуцкірідзе, Л.І. Скрекля [197; 111; 151] та інші науковці, які займаються активним дослідженням проблематики воєнних злочинів на сучасному етапі розвитку української державності та в період воєнних дій .

Зазначимо що праці окресленого кола науковців, виступають ґрунтовною основою для подальшого дослідження проблематики воєнних злочинів в умовах збройного конфлікту Російської Федерації та України а також можуть виступати базою для навчання працівників правозастосовних органів, діяльність яких спрямована на кваліфікацію та розслідування порушення законів та звичаїв війни. В працях зазначених науковців було проведено перші комплексні дослідження питання Кримінального провадження щодо воєнних злочинів (Гловюк І.В.), а також контекстуальних елементів у провадженнях щодо воєнних злочинів стосовно предмету доказування *sui generis* (Гловюк І.В.

Тетерятник Г.К.) [77, С. 394-398.], проведено комплексне дослідження питання кваліфікації та розслідування порушення законів та звичаїв війни (Чернявський С.С., Вознюк А.А., Жук І.В., Таран О.В., Осуховський Р.В., Арешонков В.В., Атаманчук В.М., Малиш І.Г.), дослідження питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни в умовах воєнного стану у формі запитань та відповідей (Хавронюк М. І.), та інші дослідження окресленого кола науковців, які становлять підґрунтя для подальшого дослідження питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни в умовах збройного конфлікту та збройної агресії російської федерації на території України. Зазначимо, що окреслене коло науковців третьої групи провадить активне дослідження питання практики застосування положень чинного КК України а також КПК України в процесі розслідування порушення законів та звичаїв війни, поряд з цим актуальним залишається проведення комплексного дослідження кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни, яке буде спрямоване на дослідження усіх об'єктивних та суб'єктивних ознак аналізованого складу злочину. Враховуючи конструкцію об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни варто провести повний аналіз усіх форм вчинення порушення законів та звичаїв війни, які передбачені в КК України а також міжнародних договорах України через призму правового режиму воєнного стану та бойових дій на території України.

Проведене вивчення спеціальної літератури дозволяє зробити висновок, що станом на сьогодні питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни в працях науковців досліджено недостатньо. Представниками кримінально-правової науки проводиться ряд досліджень, які спрямовані на питання відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни а також напрацьовується концепція внесення змін та доповнень до КК України в контексті реформування положень про відповідальність за воєнні злочини, зокрема і за порушення законів та звичаїв війни в умовах збройного конфлікту російської федерації та України. Широко піднімається питання реформування КК України в контексті відповідальності з порушення законів та звичаїв війни,

станом на зараз напрацьовано низку законопроектів, деякі з них станом на зараз пройшли розгляд у Верховній Раді України і перебувають на етапі підписання у Глави держави, інші розглядаються комітетами Верховної Ради України, але покликані вони якісно реформувати структуру воєнних злочинів, яка передбачена в діючому КК України і привести її у відповідність до положень Римського Статуту Міжнародного кримінального суду. Сьогоднішня концепція кримінально-правового регулювання даного кримінального правопорушення ґрунтується на наукових здобутках ще минулого століття і тільки протягом останніх років вона реформується відповідно до реалій сьогодення та подій війни. Велика кількість наукових починань, спрямованих на дослідження проблематики відповідальності за порушення законів та звичаїв війни підкреслює необхідність проведення систематизації знань за проблематикою відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, з метою вдосконалення кримінального законодавства в цій сфері суспільних відносин, які виникають і діють з моменту вчинення особою порушення законів та звичаїв війни, а також подальше опрацювання ефективних засобів боротьби з воєнними злочинами із порушенням законів та звичаїв війни. Зазначене дозволяє сформулювати висновок про необхідність проведення комплексного теоретичного та практичного дослідження питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни а також дозволяє стверджувати що акцентування уваги представників кримінально-правової науки на питання кримінально-правової боротьби з порушенням законів та звичаїв війни не є випадковим.

## **1.2. Історія становлення та розвитку законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни**

Історія становлення та розвитку кримінального законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни пройшла тривалий розвиток, починаючи з його зародження, перших проявів в нормах звичаєвого права, розвитку в нормах первинного писаного права та сучасних нормативно-правових актах. Вагомий внесок в розбудову законодавчого підґрунтя відповідальності за порушення законів та звичаїв війни становили події Першої та Другої світових війн, наслідком яких було прийняття міжнародних договорів (так званих актів міжнародного гуманітарного права), які стосуються правил ведення бойових дій і покликані врегулювати права та обов'язки учасників збройного конфлікту.

Першоосновою правового регулювання тих чи інших суспільних відносин виступають норми звичаєвого права, які своєю чергою, в процесі історичного розвитку суспільства отримали своє відображення в положеннях норм писаного права а також перших кодифікованих актах законодавства. Звичаї, як основа правового регулювання проявляються у правилах поведінки загального характеру, які сформувалися в суспільстві на основі уявлень про добро та зло, правду та кривду, війну та мир, і закріпилися в наслідок тривалого повторення. Розглядаючи особливість правового регулювання відповідальності за воєнні злочини нормами звичаєвого права простежується тенденція до зміни та реформування звичаєвого права в результаті виникнення перших держав та квазідержавних утворень з власними писаними актами законодавства, у зв'язку з чим роль звичаїв послаблюється і регулювання суспільних відносин здійснюється на основі норм писаного права, але у випадку знищення або розпаду держав, питання регулювання суспільних відносин, в тому числі і відносин воєнного характеру, відображається у відновленні значення звичаєвого права та його норм.

Значимість звичаю для формування норм права про відповідальність за воєнні злочини посилюється після втрати значення Руської Правди. В такій ситуації звичаєве право тривалий час було єдиним джерелом права Київської Русі. Розглядаючи практику формування збройних сил країн Західної Європи, а також в Київській Русі, варто зазначити, що в країнах Західної Європи до формування збройних сил залучалися наймані особи, які отримували плату за участь у збройних конфліктах, а в Київській Русі збройні сили в основному переважно склалися з власних підданих князя а також військової старшини. За часів Київської Русі питання кримінальної відповідальності за воєнні злочини регулювалася як і земським правом, так і княжицьким правом, які виступали зведенням норм звичаєвого права [69, с.4].

Звичаєве право залишалось чи не єдиним джерелом права, яке було покликане регулювати відповідальність за воєнні злочини на Запорізькій Січі. Окремо варто відмітити наявність універсалів, охоронних листів гетьманів тощо, які також були покликані регулювати відповідальність за вчинення воєнних злочинів.

Процес державотворення нерозривно пов'язаний з процесом становлення нормативно-правового регулювання суспільних відносин. Так можна зазначити, що першоосновою писаного нормативно-правового регулювання відповідальності за воєнні злочини виступають міжнародні договори. Під міжнародним договором доцільно розуміти письмово оформлену домовленість двох і більше держав, яка спрямована на набуття, виникнення або припинення правових відносин конкретного характеру. Серед масиву міжнародних договорів варто виділити міжнародні договори, положення яких були спрямовані на регулювання питання ведення війни а також відповідальності за воєнні злочини. Доцільно виділити особливості міжнародних договорів, покликаних регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни.

Міжнародні договори про відповідальність за воєнні злочини визначають злочинність діянь, які можуть бути вчинені під час міжнародних або не міжнародних конфліктів. Загалом, у науці виділяють наступні види норм

міжнародних договорів, які покликані регулювати питання відповідальності за воєнні злочини:

- норми які забороняють насильство у міжнародних збройних конфліктах;
- норми, які регулюють практику застосування збройної сили;
- норми, які визначають правила ведення бойових дій.

Як правило, такі міжнародні договори ґрунтуються на міжнародних звичаях і є їх кодифікованими зведеними формами [23].

Створення правової основи кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів, та саме за порушення законів та звичаїв війни прямо пов'язане з становленням інституту кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів, який пройшов тривалий шлях від свого зародження, розвитку та до становлення сучасного механізму міжнародного гуманітарного права.

Досліджуючи писані першоджерела, які передбачали відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, варто вказати на епос Махабхарата (IV століття до нашої ери). Даний документ є одним з перших документів Давньої Індії, який передбачав правила поведження військових з супротивником, а також встановлював сувору заборону на порушення прав сторони супротивника у випадку потрапляння в полон. Про існування подібних правил у стародавньому Китаї згадує Сунь Цзи [28, р.102.]

Серед відомих нормативно-правових актів, покликаних регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни варто виділити: Кодекс законів царя Хаммурапі (1750 рік до нашої ери). З цієї пам'ятки права важливим для розуміння підвалин формування міжнародного гуманітарного права є вислів про те, що ці закони встановлені, щоб не дати сильним покорити слабких. Отже, це дає можливість вести мову про те, що такий нормативно-правовий акт можна вважати одним з перших писаних джерел, які передбачають норми та принципи введення війни, а також відповідальність за їх порушення [28, р.103].

Щодо воєнних злочинів Кодекс Ману також ще в епоху до нашої ери забороняв вбивство осіб, які не могли продовжувати ведення бою, були

пораненими або зазнали каліцтва під час бойових дій. Кодекс Ману також передбачав норми та положення, які передбачали правила поводження з військовополоненими та пораненими, яких прийнято було після одужання повернути на батьківщину. Обов'язковим положенням була повага до традицій окупованих народів. Заборонялося знищення релігійних та культурних цінностей, що станом на зараз також охоплюються поняттям порушення законів та звичаїв війни [23, р.14-18].

Розглядаючи ж питання історії становлення нормативно-правових актів, які визначали відповідальність за порушення законів та звичаїв війни на теренах сучасної України, доцільно проаналізувати основні пам'ятки права на різних етапах державності.

Історична міжнародна практика простежує також і випадки повного нівелювання правил і законів ведення бойових дій. Саме такі прояви простежуються під час перемоги римлян над військами Спартака. За переказами, в той час було страчено близько 6000 військових, які були захоплені в полон. Непоодинокими в історії є випадки віддання наказів на знищення, спалення та вбивство населення цілих територій, серед яких варто виділити віддання Юлієм Цезарем наказу про знищення Ебуронів, цілого Гальського селища. Близько 4000 військових та військовополонених армії Саладіна були вбиті за наказом Річарда Левове Серце під час Третього хрестового походу [16, р.14-18].

Також одним з порушень міжнародного звичаєвого права, яке покликане було регулювати правила ведення бойових дій визнається видання Генріхом II наказу про страту усіх полонених під час так званого Гаянського повстання, а армія Людовика XII знищила 6000 італійців, незважаючи при цьому ні на стать, ні на вік, ні на причетність до бойових дій [22].

Так, положення Руської прави та Правди Ярославичів визначають правила, згідно з якими відбувався початок та ведення війни. Основним принципом, який ставився на той час у військове законодавство, виступає розподіл «здобичі», отриманої в результаті проведення військових дій, а також ставлення до військовополонених. Тогочасне трактування порушення звичаїв

військової служби охоплювало широкий спектр діянь, за які передбачалася відповідальність. Серед них: неявка на військову службу, явка на службу не в строк, відсутність запису на військову службу, не проходження військового огляду, вбивство військового товариша, а також порушення порядку поводження з полоненими та їх самовільне вбивство, захоплення маєтку вбитого, вигнання сім'ї вбитого з обійстя, в якому вони проживають тощо. Наведений перелік суспільно небезпечних діянь свідчить про відсутність розмежування між поняттями воєнного та військового злочину. В більшості випадків в нормах права Русі застосовувалося поняття військового злочину, яке охоплювало зміст сучасного трактування воєнного злочину [223, с.19].

Серед перших пам'яток міжнародних договорів, покликаних регулювати питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, варто розглянути договір між Східною Римською Імперією та Халіфами, який забезпечував гуманне ставлення до військовополонених, а також передбачав можливість їх викупу. Досліджуючи питання договорів у сфері міжнародного гуманітарного права на теренах Київської Русі, варто звернути увагу на договір, укладений між князем Олегом та греками. Такий договір, на думку науковців, став компромісом між тогочасним звичаєвим правом, яке існувало на Русі, і Візантійським усталеним правом. Даний міжнародний договір передбачав накладення грошового штрафу у вигляді п'яти лір за удар мечем грека або русича, за вбивство грека або русича передбачалося позбавлення життя негайно на місці злочину, також якщо злодій був затриманий під час вчинення ним крадіжки і здійснював опір дозволялося вбивство такої особи. У 945 році було укладено договір між князем Ігорем та греками, відповідно до якого вбивцю військовополоненого отримували родичі вбитого. Тобто після судового розгляду так званий винуватець підлягав передачі сім'ї вбитого і вже сім'я вбитого визначала вид і міру покарання [178, с.307-308]. Аналізовані міжнародні договори передбачали також умови викупу, а в подальшому і умови обміну військовополоненими. Так, наприклад, передбачалося що за одного хлопця або дівчину платять 10 золотників, за середніх років людину - 8 золотників, за

старого або дитину – 5 золотників. Серед науковців наявні різні точки зору з приводу саме поводження з військовополоненими на Русі. Так історик та державознавець Матей Догель наголошував, що становище військовополонених на Русі було досить таки важким, оскільки в більшості випадків військовополонених перетворювали на рабів і розподіляли їх між старшиною княжої дружини. На землях які належали Московії військовополонених часто прирівнювали до злочинців і утримували в тюрмах [84, с.109].

На жаль, практика грубого порушення законів та звичаїв війни, а також неповаги та повного нівелювання звичаєвого права на теренах Київської Русі існувала. Так, за наказом хана Боняка живцем було закатовано біля 6000 мешканців Києва. Дані прояви порушення законів та звичаїв війни підтверджують, що все ж норми звичаєвого права поступаються у своїй дієвості кодифікованим актам законодавства, які покликані врегулювати відповідальність за вчинення кримінальних правопорушень і зокрема за вчинення порушення законів та звичаїв війни [223, с.19].

Розглядаючи особливості давньоруського права, слід відмітити, що згідно його норм правоздатність та дієздатність особи залежала від її соціального статусу в суспільстві. Це так звана особливість привілейованої правосуб'єктності давньоруського права, яка отримала конкретне відображення в Руському законодавстві, руських актах, зокрема і в законах та звичаях війни. Так, навіть найменше посягання раба на власність пана під час збройного конфлікту визнавалося тяжким злочином, а у випадку вбивства ним свого господаря такий раб карався смертною карою. Відповідно до норм та положень тогочасного законодавства правове становище військовополонених було досить таки складним, оскільки військовополонені порівнювалися до звичайних холопів і не визнавалися суб'єктом права. Це дає можливість зрозуміти, чому саме під час даного періоду вбивство військовополоненого прирівнювалися до злочинів проти власності. Таке суспільно небезпечне діяння було пов'язано з тим, що під час потрапляння в полон військовий порівнювався до раба, втрачав будь-які права та свободи і передавався у власність певного пана, і вже його вбивство або

жорстоке поводження з ним оцінювалося як злочини проти власності. Особливістю даного періоду є те, що передбачалися різні види і міра покарання за вбивство різних категорій людей. Наприклад: відповідно до ст. 26 “Руської Правди” за вбивство знатних осіб передбачалося стягнення 80 грн., за вбивство вільних людей 40 грн., за вбивство смердів або холопів стягнення становило 5 грн [196, с.37]. Тогочасні акти законодавства допускали смертну кару і кровну помсту, своєю чергою, це створювало небажані наслідки вчинення протиправних діянь проти полонених, оскільки все ж під час розгляду питання про вбивство паном свого раба, якого він отримав внаслідок розподілу військовополонених, могло стояти питання про притягнення такого пана або особи, якій він віддав наказ вбити полоненого, до відповідальності.

Аналізуючи питання правового регулювання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни на територіях сучасної України та сучасної Європи також доцільно проаналізувати Правду Ярослава. Окремі положення даного документу регулювали відносини як звичайного цивільного поселення, так і озброєних військових серед цивільного населення, а також військових під час ведення бойових дій. Дані норми покликані були регулювати правове становище збройних сил, тобто дружини, а також інших соціальних груп, у тому числі челяді, передбачаючи їх захист від отримання становища рабів, а також військовополонених. Даний нормативно-правовий акт передбачав можливість обміну військовополоненими, не допускаючи їхнього побиття, вбивства та каліцтва. Правда Ярослава покликана була врегулювати питання також грошового викупу військовополонених [190, с.19].

Існували також і інші акти законодавства періоду Середньовіччя, які були покликані регулювати суспільні відносини того часу, в тому числі відносини ведення бойових дій, а також відповідальності за порушення законів та звичаїв війни. Серед таких нормативно-правових актів варто виділити Судебники 1400р., 1497р., і 1550 р. (ст. 8 Судебника 1497 р.). Оскільки велика кількість територій України перебувала під польською окупацією на її територіях застосовувалися положення Висловецького статуту 1347 року, який був

доповнений у 1368 році, так званим Великопольським статутом. В статуті XXXIX Великопольського статуту зазначалося, що “кари, виміряні на рицаря, і зо-бов’язання, що походять з поруки, даної рицарем, не може спадати на неповинних його кметей” [2]. На тренах України підлягали застосуванню також універсали Великого Польського короля та законодавчі акти Польщі. Дані нормативно-правові акти містили ряд положень, які були тотожними до положення Руської правди [136, с.66].

Важливим джерелом серед масиву міжнародних нормативно-правових актів, які покликані врегулювати практику притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів, є діяльність спеціальних воєнних судів так званих суддів *Ad hoc*, стосовно притягнення до відповідальності військових злочинців. Розглядаючи практику створення так званих спеціальних судів, слід зазначити що за всю історію було створено 28 спеціальних суддів Союзної коаліції держав і міст. Основою створення таких судів був договір держав-учасниць від 1474 року. Варто зазначити що під час одного з розглядів справ про міжнародні кримінальні правопорушення, а саме про порушення законів та звичаїв війни, губернатор міста Брайзах, Петервон Хегенбах був засуджений до страти, як наслідок його звинувачення у лжесвідченнях, зґвалтуваннях, катуваннях, вбивствах під час збройного конфлікту а також інших злочинах, в тому числі і за віддання наказу найманцям убивати цивільне населення у домівках де вони мешкали [1, р.1-2].

Основи правового регулювання відповідальності за зазнавала суттєвих змін під час перебування Українських земель під владою Великого Князівства Литовського. В зазначений період відбулося повне реформування положень законодавства про воєнні злочини та відповідальність за їх вчинення.

Даний період розвитку військового законодавства проявлявся в наступних факторах:

1. Військова дружина становила собою професійну військову одиницю з чітко визначеною структурою та завданнями.

2. Початок застосування аналогів сучасної вогнепальної зброї, що мало наслідком прийняття актів, спрямованих на законодавче регулювання застосування певних засобів ведення війни.

3. Зміна способів та порядку ведення військових дій (поширення практики попереднього оголошення війни державі супротивнику).

Основою діяльності війська Великого Князівства Литовського виступала чітка організаційно-штатна структура армії, основними завданнями якої визначалися захист та охорона території Великого Князівства Литовського а також територій, які до нього належали, проведення військових кампаній, спрямованих на приєднання нових територій та ведення бойових дій [201 с. 36-37].

На жаль, даний етап розвитку законодавства про відповідальність за воєнні злочини, зокрема і про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, пов'язаний з відсутністю узгодженості усієї чисельності нормативно-правових актів, які були спрямовані на визначення структури війська та порядку проходження військової служби, визначення прав та обов'язків військовослужбовців а також визначення воєнних порушень та відповідальності за їх вчинення. Так, досить таки часто права військовослужбовців прямо накладалися з воєнним правопорушенням і ставали причиною появи колізій, оскільки, з одного боку, в діях військовослужбовця простежувався воєнний злочин, а з іншого боку, це діяння виступало як прояв права військовослужбовця, що мало своїм наслідком неможливість притягнення військовослужбовця до відповідальності. Відсутність єдиного підходу до законодавчого тлумачення відповідальності за воєнні злочини була проміжною рисою Великого Князівства Литовського до моменту прийняття трьох Литовських статутів. Важливо відмітити правове значення трьох Литовських статутів (1529, 1566 і 1588 років) для формування національного законодавства тогочасної території України. Так, вбивство або викрадення рабів, під якими розуміли військовополонених, також належало до злочинів проти власності. Передбачалася відповідальність за посягання на власність того, хто був власником раба, тобто кому було передано

військовополоненого. Дані нормативно-правові акти були покликані врегулювати найважливіші сфери суспільних відносин в тогочасній державі та її геополітичних утвореннях [201, с. 46].

Так, у Першому Литовському статуту, який отримав назву «Про оборону земську» саме другий розділ регулював суспільні відносини, які виникали у військовослужбовця Великого Князівства Литовського під час несення служби, а також визначали вид і міру відповідальності за вчинення військовослужбовцем правопорушень воєнного характеру. Зокрема, передбачалося, що кожен хто мав у своєму володінні земельний наділ або ж маєток, підлягав обов'язковому проходженню військової служби. Також визначалася необхідність великих магнатів у випадку потреби мати можливість спорядити достатню кількість (загально-пропорційну кількості земельних наділів, які перебували у володінні феодала) військовослужбовців.

Даним нормативно-правовим актом було визначено коло осіб, які могли бути військовослужбовцями, а, слідом, простежується формування підходу до визначення основних ознак так званого суб'єкта воєнного злочину. Так до військовослужбовців Великого Князівства Литовського належали князь, пан, дворянин, боярин, духовні особи, міщани, а також піддані та слуги пана і князя. Перший статут Великого Князівства Литовського вперше встановив таку важливу ознаку так званого суб'єкта воєнного злочину як вік, з моментом настання якого особа фактично може виступати суб'єктом його. Так, даний документ передбачав, що кримінальна відповідальність за воєнні злочини може наставати з моменту вступу особи на військову службу, що на той час прирівнювалося до досягнення особою на дань вчинення правопорушення сімнадцятирічного віку. Перша згадка в даному нормативно-правовому акті про відповідальність за воєнний злочин, а саме за порушення звичаю ведення війни проявлялася в твердженні «якщо особа не з'явилася для проходження служби, або з'явилася невчасно, або вчинила порушення звичаю проходження військової служби вона могла бути позбавлена маєтку і статусу».

Важливими для розуміння історії становлення та розвитку законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни є також знані пам'ятки права інших держав. Адже такі фактично теж були ланкою у правовому формуванні в перспективі загально визнаних норм міжнародного гуманітарного права. Так, варто звернути увагу на Уложення 1532 року, яке в історії прийнято називати «Кароліна» - це нормативно-правовий акт Карла V після розпаду Німецької імперії. Даний нормативно-правовий акт був взятий за основу багатьох кримінальних кодексів, зокрема Кримінального кодексу Баварії, Австрійського кримінального уложення, а також на його основі було укладене Військове уложення імператора Макселіана II, окремі пункти якого, а саме статті 8 і 9 стосувалися встановлення відповідальності за порушення правил ведення бойових дій. У 1643 році у Пруссії було прийнято військовий артикул Фердинанда III, відповідно до якого за вчинення порушення законів та звичаїв війни були передбачені певні види покарань, зокрема шибениця, обривання вух, клеймування, вигнання через стрій а також важкі роботи у фортецях. [185, с. 80-84].

Схожі військові артикули були затверджені Францією, Швецією, а також Сполученими Штатами Америки. Зокрема, в Швеції, в 1621 році королем Густавом II Адольфом було затверджено Військовий артикул, особливістю якого було те, що він діяв перед війною з Росією. Важливість даного нормативно-правового акту полягає у тому, що він в подальшого отримав своє відображення в законах, які стосувалися кримінальної відповідальності, зокрема і кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни. Згідно з зазначеного нормативно-правового акту за порушення і законів і звичаїв війни передбачалося застосування таких покарань: смертної кари, відрубання руки, публічне вигнання з війська, позбавлення честі ганебним способом, ганебне заслання, тілесні муки та покарання, вилучення майна. Також окремим артикулом було встановлено додатковий захист під час ведення бойових дій деяким категоріям населення, а саме жінок та дітей передбачалося захищати в особливому порядку, окрему увагу було приділено відповідальності за знищення або руйнування

церков, так, дані дії прирівнювалися до воєнного злочину (ст. 116 у редакції 1683 р.). Військовий артикул діяв також у Франції, а саме у період з 1534 року (Артикули 10, 29 та 32), визначав низку воєнних злочинів, а саме чітко прописувалося суспільно небезпечні діяння, вчинення яких в умовах ведення війни визнавалося серйозними злочинами. Особлива увага приділялася недопущенню насильства над жінками, за що застосовувалася кара у вигляді повішення. За безкоштовне відбирання у мешканців продуктів харчування під час війни застосовувалася смертна кара, за вчинення крадіжки або розбійного нападу на пересічне цивільне населення покарання було передбачено у вигляді присудження до шибениці і колесування, за вирубування знищення спалення фруктових дерев та виноградників, а також відстріл голубів застосовувалися тілесні покарання, за вчинення богохульства, а також не шанування Матері Божої передбачалося покарання у вигляді надівання на шию винного металевого ошийника, а також пропалювання язика (Артикули 39 та 45). Досвід відповідальності за порушення законів та звичаїв війни Франції породив один з керівних ідейних основоположних принципів, які були відображені у даному військовому артикулі, а саме - немає злочинів, якщо про це не зазначено у законі.

Незважаючи на ефективність норм писаного права, які були покликані регулювати питання кримінальної відповідальності, і в окремих випадках відповідальності за вчинення воєнних злочинів, норми звичаєвого права зберігаються важливими протягом усього середньовіччя, а деякі положення отримали своє відображення в нормах [153, с.64].

У 1654 році відбувся переломний момент в розвитку юридичного закріплення кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, а саме відбулося об'єднання України і Росії. Дана подія супроводжується укладенням 1649 році Соборного уложення. Відповідно до Соборного уложення джерелами права були правила та писання Святих Апостолів і Святих Отців, Градські закони грецьких царів, старі судебники, а також судова практика. В главі сьомій даного документу передбачалося відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, а саме такі діяння відобразилися у злочинах проти

особи, власності, а також злочинах проти довкілля. Варто зазначити що аналізоване *Соборне уложення є першим відомим зводом законів, де питанню відповідальності за порушення законів та звичаїв війни була присвячена окрема глава.* [200 с. 23-25]. Глава 7 даного Уложення отримала назву “О службе всяких ратних людей Московского Государства”, і складалася з 32 окремих статей. В даних статтях вперше було відображено в окремих нормах питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни. Соборне уложення справедливо виступає першим зводом законів, в якому питанню відповідальності за порушення законів та звичаїв ведення воєнних дій була присвячена окрема глава. Соборне уложення 1499 року було доповнене у 1647 році Військовим статутом а у 1720 році Морським статутом. *Цими Статутами було започатковано кодифікацію положень законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни в окремих кримінальних законах,* що зумовлювалося створенням у росії інституту регулярної військової одиниці – армії.

У 1716 році в Москві, російським імператором Петром I було прийнято Військовий Статут, який передбачав відповідальність дезертирів а також втікачів. Зазначений військовий статут містив наступні глави: XI “О квартирах и лагерях”, XII “О дезертирах и беглецах”, XIII “О штурмах и приступах”, XIV “О взятии городов, крепостей, добычей и пленных”, XIX “О смертном убийстве”, XX “О содомском грехе, о насилии и блуде”, XXI “О зажигании, грабительстве и воровстве”.

Артикул 104. Глави XIV передбачав наступне положення: «Когда город или крепость штурмом взяты будут, тогда никто да не дерзает хотя вышнего или нижнего чину, церкви, школы или иные духовные дома, шпитали без позволения и оказу грабить, или разбивать, развешто гарнизон или граждане в оном сдачею медлить, и великий вред чинить будут. Кто против сего преступит, оный накажется яко разбойник, а именно: лишен будет живота”.

Артикул 105 Глави XIV передбачав аналогічне покарання за вчинення злочинів проти осіб похилого віку, дітей а також представників духовенства [71

с.350]. Проаналізувавши дане положення можна зазначити, що окремі воєнні злочини прирівнювалися фактично до розбою. Смертним покаранням каралося вчинення грабежів та насильства на усій союзній або ворожій території, у тому числі стосовно будівель та іншого майна (Артикул 182 Глави XXI). Суворі покарання передбачалися відповідно до Артикулу 189 Глави XXI за крадіжки майна у цивільного населення, зокрема : «за крадіжку майна вартістю до двадцяти рублів призначалося таке покарання: вперше – 6 разів прогнання через стрій полку та побиття шпіцрутенами; вдруге – 12 разів прогнання через стрій полку та побиття шпіцрутенами; втретє – відрізання носу і вуха, заслання на каторгу. У кожному випадку майно поверталось власникові». Відповідно до Артикулу 191 передбачалося, що у випадку якщо було вчинено крадіжку майна на суму більше 20 рублів, або вчетверте, або під час пожежі або повені то до порушника застосовувалося покарання у вигляді смертної кари через повішання. Передбачені в аналізованому документі покарання а також межа їх жорстокості мали на меті залякування населення. Як один зі способів попередження вчинення злочинів [71, с.350].

Даний нормативно-правовий акт також передбачав відповідальність за заподіяння шкоди військовополоненим. Так, передбачалася відповідальність, у вигляді покарання у формі втрати честі або живота, що також прирівнювалося до позбавлення волі або смертної кари. Досить таки специфічним було встановлення виду відповідальності в формі смертної кари за вчинення грабежів або насильства на всій території держави супротивника під час бойових дій, або на нейтральній ворожій території якщо такі дії вчинялися без наказу.

Значний внесок в розвиток нормативно-правового закріплення відповідальності за порушення законів та звичаїв війни було здійснено Петром I, який був одним з перших, хто заснував військові суди і військову колегію. Поряд з тим, варто звернути увагу на досить таки жорстокість покарання і міру відповідальності, у більшості випадків передбачалося покарання у вигляді смертної кари або довічного заслання за вчинення воєнних злочинів. [215, с. 6-7].

Ще однією важливою пам'яткою права, яка важлива для дослідження генезису відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, є «Права за якими судиться Малоросійський народ» 1743 року. Даний нормативно-правовий акт так і не був затверджений, і по суті не визнається офіційним джерелом права. До основи даного нормативно-правового акту входили Литовські статuti та Магдебурзьке право а також окремі норми Холмського права, які перероблялися з матою їх погодження між собою, а також з нормами звичаєвого права а також нормами руського права. Особливістю даного нормативно-правового акту виступало те, що в Артикулі 14 Глави 5 було визначено відповідальність та міру покарання за вчинення порушення законів та звичаїв війни. Так, за вчинення такого роду злочину передбачалося покарання у вигляді штрафу у подвоєному розмірі шкоди, що була заподіяна, або смертною карою. Варто відмітити, що в часи древньої Русі а також середньовіччі звичаї були одним з головних, або навіть в більшості випадків єдиним джерелом права, які були покликані регулювати відповідальність за вбивство, пограбування, насильство та зґвалтування. Звичай поклав крапку у багатьох кровопролитних війнах і визначав, що війни можуть мати місце виключно в боротьбі між збройними силами армій двох або більше держав [180, с145-147].

У 1812 році Олександром I було затверджено Польове кримінальне уложення для Великої діючої армії [186, с. 80-84], яке було видане та підлягало застосуванню виключно у випадку війни, і яке передбачало суворе покарання за порушення законів та звичаїв війни. Відповідно до Параграфу 61 аналізованого Уложення винним особам загрожувала смерть за пограбування сіл, поселень, будинків або осіб. Аналогічне покарання було передбачене за спалення лісів, степів та будинків громадян (Параграф 62). Параграф 65 передбачав відповідальність за вчинення нападу зі зброєю на неозброєних людей, а параграф 66 передбачав відповідальність за насильство над жінкою, параграфи 66-69 передбачали відповідальність за вбивство пораненого з метою його пограбування, а також вчинення злочинів «Цілими командами», коли і керівник і команди підлягали смертній карі.

Досліджуючи питання становлення законодавства по кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, варто звернути також увагу на нормативно-правові акти, які були покликані врегулювати саме становище військовополонених. Одним з таких нормативно-правових актів є Положення про військовополонених, яке було укладене у 1829 році під час війни Російської Імперії з Туреччиною. Важливим аспектом даного нормативно-правового акту є те, що військовополонені, з числа військовослужбовців Російської Імперської армії, утримувалися в Туреччині за рахунок коштів Російської Імперії, тобто держава, яка під час бойових дій втратила у полон своїх солдат зобов'язувалася сплатити сторонні супротивнику відшкодування на утримання таких військовополонених.

Цікавим для аналізу є розвиток кримінального законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни у Сполучених Штатах Америки. Так, 24 квітня 1863 р. Френсісом Лібером, за дорученням Авраама Лінкольна, було підготовлено інструкцію для військових польових судів. Даний нормативно-правовий акт на практиці прийнято називати як «Кодекс Лібера». Даним актом було передбачено відповідальність військовослужбовців за вчинення воєнних злочинів незалежно від того, чи належить такий військовослужбовець до збройних сил Сполучених Штатів Америки або ж є військовополоненим, чи належать до сторони противника [154, с.321-322].

Важливим етапом становлення міжнародного механізму відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни варто визначити прийняття 22 серпня 1864 року Женевської конвенції «Про покращення участі поранених і хворих у діючих арміях». [150, с. 89-90; 116]. Саме з прийняттям цієї Конвенції було виділено нову галузь міжнародного права, а саме міжнародне гуманітарне право, так зване право війни та миру або, як його ще прийнято називати, право збройних конфліктів. Дана Конвенція утворила єдину систему запобігання воєнним злочинам, які в подальшому в нормах міжнародного гуманітарного права отримали назву «серйозні порушення» або ж «порушення законів та звичаїв війни». Даний нормативно-правовий акт є першим законодавчим

закріпленням відповідальності за порушення законів та звичаїв війни в нормах міжнародного гуманітарного права. До норм міжнародного права, які покликані регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, можна також відносити і Гаазькі конвенції від 29 липня 1899 року [150, с. 89-90].

Серед нормативно-правових актів Російської імперії, які покликані були врегулювати питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни варто, виділити також прийнятий 14 квітня 1875 року Військово-морський статут про покарання, так званий затверджено «Военно-Морской Уставъ о наказаніяхъ». Зокрема, як випливає з назви даного нормативно-правового акту він передбачав вид і міру покарання за вчинення військових злочинів, а саме до таких покарань прийнято було відноситися позбавлення всіх прав власності а також подальша страта, позбавлення права власності і направлення на виправно трудові каторжні роботи, позбавлення усіх прав власності і поселення до Сибіру у кріпосне воєнно-арештантське відділення. [187, с.353-396].

Особливу увагу варто приділити Гаазькій Конвенції 1907 року «Щодо законів і звичаїв війни» [73]. Дана Конвенція отримала також назву Гаазьке положення 1907 року. Саме аналізована конвенція враховувалась під час кваліфікації діянь як порушення законів та звичаїв війни під час міжнародного військового трибуналу у Нюрнберзі.

Для більш детального розуміння історії становлення нормативно-правових актів, які покликані були регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни доцільно розглянути практику укладення судових рішень під час розгляду питання про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни. До нас дійшли згадки та історичні факти про декілька судових процесів, зокрема одним з яких варто вважати судовий процес 1268 року, який відбувався у місті Неаполі, та передбачав розгляд справи то несправедливе введення війни. Під час такого процесу здійснювався аналіз фактів застосування обвинуваченою стороною засобів та методів введення в оману противника, а також введення в оману цивільного населення, з метою дестабілізації ситуації в

державі та створення сприятливих умов для ослаблення як політичного так і економічного становища противника що сприяло його поразці. Варто також відмітити судовий процес над шотландським націоналістом сером Вільямом Уоллісом, дану особу звинувачували у проявах екстремізму та націоналізму, застосуванні способів та засобів ведення агресивної війни спрямованої на винищення національної самобутності народу та культурних цінностей [179, с.42].

На думку істориків-державознавців, одним із найкращих зразків нормативно-правових актів які були покликані регулювати відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни було Кримінальне уложення 1903 року. Недоліком варто відмітити тільки те, що дане кримінальне уложення було введене в дію тільки частково, і вже після розпаду Російської імперії діяло на теренах Фінляндії, Литви, а також Польщі. Даний нормативно-правовий акт також був покладений у основу створення кримінальних кодексів багатьох держав, Копиленко О.Л. і Мурашин Г.О. у своїх працях зазначають, що це Уложення виступало тогочасним «шедевром» юридичної техніки, яке виступало відзеркаленням об'єктивних потреб суспільства того часу. [120, с. 7].

Історично підтверджено, що під час Першої світової війни Німеччиною як стороною збройного конфлікту систематично вчинялися воєнні злочини, які проявлялися, зокрема, і в порушеннях законів та звичаїв війни. Активного поширення в той час набувало взяття заручників а також заслання мешканців окупованих територій до Німеччини на роботи. Факти заслання цивільного населення на роботи в Німеччину підтверджувалися висновками комісії Великобританії, Франції, Бельгії, Сербії та інших країн. Відповідно до положень Сен-Жерменського договору 1919 року, а також Версальського мирного договору 1919 року було прийнято рішення про початок судового переслідування німецьких військових злочинців [179, с.42]. Версальський мирний договір спеціально передбачав відповідальність осіб за вчинення порушення законів та звичаїв війни, а також розглядалося питання створення спеціалізованих воєнних судів для розгляду питання про відповідальність осіб

які обвинувачувалися у вчиненні воєнних злочинів, а також застосування до них справедливого покарання. Самі ж покарання за вчинення порушення законів та звичаїв війни були встановлені в Версальському мирному договорі. На поствоєнному просторі після Першої світової війни дані мирні договори були проявами першого законодавчого регулювання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни. Хоча на практиці варто підкреслити все ж невдалість діяльності спеціалізованих військових судів, які так і не змогли притягнути до відповідальності осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів під час Першої Світової війни. Варто також відмітити що окремі посадові особи фашистської Німеччини, яка була винуватцем воєнних злочинів Першої світової війни, серед яких Кайзер Вільгельм II, так і не були притягнуті до відповідальності, оскільки змогли уникнути правосуддя, покинувши територію фашистської Німеччини, а також країн-учасниць Версальського мирного договору, виїхавши в Нідерланди, влада якої подальшому відмовила спеціалізованим судам у його екстрадиції, що унеможливило притягнення зазначеної особи до відповідальності за вчинення воєнних злочинів і в свою чергу нівелювало діяльність воєнних судів того часу.

Сам термін воєнний злочин був вжитий 11 листопада 1918 року під час утворення так званої Союзницької комісії для встановлення ознак вчинених воєнних злочинів після завершення Першої світової війни. Основним нормативним документом, який регулював в даний період питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни був Версальський мирний договір від 28 червня 1919 року, в якому було чітко окреслено право держав союзників притягнути до відповідальності і покарати окремих осіб Німеччини, які протягом ведення бойових дій вчиняли порушення законів та звичаїв війни. Як результат застосування положень Версальського мирного договору Вільгельм II зобов'язувався понести відповідальність за так звані «великі злочини», здійснені проти міжнародної моралі і недоторканості міжнародних договорів. З метою притягнення його до відповідальності держави союзники зобов'язувалися створити спеціальний військовий трибунал. До складу такого трибуналу повинні були увійти судді за призначенням США, Франції,

Японії, Великої Британії та Італії. Версальський мирний договір мав повне право вважатися одним з перших нормативно-правових актів, який був покликаний регулювати поствоєнне притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів. Варто підкреслити, що окремі особи які притягалися до відповідальності за воєнні злочини, та справи яких розглядали національні суди Німеччини отримали, на думку більшості вчених, неспівмірні покарання, як результат стали свідченням того що особа не може бути рівноцінно притягнена до відповідальності а також стосовно неї не може бути застосоване справедливе покарання національними судами.

Під час розгляду історії становлення відповідальності за порушення законів та звичаїв війни варто виділити революційні події 1917 року у Росії. У революційний період було укладено ряд положень, серед яких Положення про революційні воєнні трибунали, Положення про військові злочини а також Кримінальний кодекс УСРР 1922 року. Дані нормативно-правові акти містили положення, які регулювали питання притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни. Варто зазначити що дані положення були менше розгалуженими, ніж положення до подій 1917 року і на практиці вони мало застосовувалися. Положення законодавства про відповідальність за воєнні злочини не знайшли свого втілення під час розгляду питання про воєнні злочини під час громадянської війни і навіть, більше того, їх порушення допускалося на вищому державному рівні. Варто відмітити, що наприклад заборона вчинення терористичних актів, масового вбивства, винищення цивільного населення була прямо знівельована Постановою Ради Народних Комісарів «Про червоний терор» від 5 вересня 1918 року, в якій саме вчинення дій терористичного спрямування, спрямованих на винищення значної кількості населення було визнано прямою необхідністю а також Створювалися концтабори з метою ізоляції ворогів держави. Більше того, варто відмітити що тогочасне вчинення воєнних злочинів було не просто лобійоване органами державної влади, але і прямо вчинялося шляхом віддання вищими особами державами відповідних наказів та нормативно-правових актів.

Так, наприклад, у одному з таємних листів які отримав Молотов від Леніна було прямо проголошено необхідність вчинення воєнних злочинів, а саме злочинів проти буржуазії, духовенства, окремо передбачалося вилучення релігійних та духовних цінностей, руйнування церков, монастирів. Даний нормативно-правовий лист прямо передбачав наступну тезу: «чим більше представників реакційної буржуазії буде знищено та розстріляно, тим краще». Ленін підкреслював, що необхідно придушити будь-які національні погляди щоб уникнути у майбутньому можливості масових виступів демонстрацій, і щоб нації та народи, які входили до союзу Радянських Соціалістичних Республік, не могли чинити опору [109, с. 73].

Важливим етапом розбудови саме національного українського законодавства про відповідальність за вчинення воєнних злочинів варто вважати КК УСРР 1922 року, який містив окремий розділ, який передбачав відповідальність за вчинення воєнних злочинів і отримав однойменну назву «Воєнні злочини». Так, було передбачено відповідальність за вчинення мародерства, яка полягала у вигляді накладення на порушника санкцій або застосування покарання у вигляді розстрілу і конфіскації усього майна. Передбачалося також вчинення злочину у вигляді порушення законів та звичаїв війни, при наявності пом'якшуючих обставин. Як наслідок застосовувалося покарання у вигляді позбавлення волі строком не менше трьох років і застосуванням повної конфіскації майна і суворої ізоляції, тобто передбачалося поміщення винного до концтаборів. Окремо передбачалося, що насильство вчинене солдатом над цивільним населенням держави, з якою ведуться бойові дії, визнавалося не тільки злочином а й зрадою великої революції [37, с.179].

Доцільно також розглянути питання регулювання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни на основі норм які містилися у КК УСРР 1927 року, а саме варто розглянути окрему главу яка носила назву «Злочини військові». Так, в даній главі передбачалася відповідальність за вчинення певного ряду злочинів в умовах ведення бойових дій, так званого воєнного стану. Було чітко встановлено відповідальність за розбій, мародерство, жорстоке

поводження з військовополоненими, а також що було вперше передбачено відповідальність за незаконне носіння в районі воєнних дій знаків Червоного Хреста або Червоного Півмісяця, зловживання або знищення в воєнний час прапорів або знаків Червоного Хреста або Червоного Півмісяця, також було передбачено заборону оманливого нанесення знаків Червоного Хреста та Червоного Півмісяця на евакуаційні машини або інші транспортні засоби, які застосовувалися медичними службами під час ведення бойових дій, з метою їх використання з метою прихованого нападу на противника. Зазначимо, що в результаті дослідження даних нормативно-правових актів варто зазначити відсутність відмежування воєнних злочинів від військових злочинів і застосування для позначення діянь, які становлять собою порушення законів та звичаїв війни, визначення військовий злочин, що є неправильним, виступає архаїчним положенням.

Ще одним важливим документом під час розгляду історії законодавства про кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни є Закон СРСР «Про кримінальну відповідальність за вчинення військових злочинів», який був прийнятий в 1958 році, а також КК УРСР 1960 року. Так варто зазначити що на основі аналізованого закону КК УРСР був доповнений главою «Військові злочини», в якій додатково було зазначено декілька статей щодо відповідальності за вчинення воєнних злочинів, а саме порушення законів та звичаїв війни, зокрема, розглядалося питання відповідальності за вчинення мародерства, поганого ставлення до військовополонених, незаконне носіння знаків Червоного Хреста і Червоного Півмісяця, а також насильство над цивільним населенням в районі проведення бойових дій. Науковці звертають увагу на суворі санкції за вчинення воєнних злочинів і стверджують, що така суворість санкцій норм пов'язана з необхідністю твердого встановлення дисципліни у збройних силах, а також те, що воєнні правопорушення впливають на гідність і авторитет воїна нівелюють питання єдності народу та армії [221, с.228].

На думку провідних вчених істориків, які займалися дослідженням питання військових злочинів на різних етапах розвитку суспільства, серед яких варто відмітити Е. Давида, норми звичаєвого права продовжують існувати і не залишаються незмінними, вони реформуються згідно з вимог суспільства, в якому вони існують і в якому вони застосовуються. Під звичаєм варто розуміти правила поведінки усталеного характеру, які закріпилося внаслідок постійного повторення. Важливим в процесі реформування звичаєвого права є норми договірної права, які отримували своє відображення в міжнародних договорах, які були укладені між державами в процесі збройних конфліктів або як результат збройних конфліктів, з метою збереження живої сили, а також з метою недопущення подальшого руйнування та загарбання територій. Дане твердження підтверджується положенням Гаазького положення 1907 року [177, с.321]. Основною метою якого було визначити і встановити звичаї сухопутної війни, які отримали своє відображення у наступному документі, а саме Нюрнберзькому воєнному трибуналі як кодифіковане вираження законів і звичаїв війни [174]. Такий документ доцільно вважати першим зведенням права в єдиний нормативно-правовий акт який отримав своє відображення під час розгляду справ про воєнні злочини.

Розглядаючи питання практики притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення військових злочинів, варто звернути увагу на наступний нормативно-правовий акт, а саме Указ Президії Верховної Ради Союзу Радянських Соціалістичних Республік від 19 квітня 1943 року, який передбачав покарання воєнних злочинців, а також був правовою підставою для початку судових процесів над військовими злочинцями у Смоленську, Харкові та Києві. Серед таких судових процесів, на яких розглядалося питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни варто звернути увагу на саме Харківський судовий процес, який відбувся у грудні 1943 року [38, с.28-29]. Даний військовий процес стосувався притягнення до відповідальності за вчинення військових злочинів фашистськими загарбниками. під час такого судового процесу до застосування смертної кари, як покарання за вчинення

військових злочинів, було засуджено трьох офіцерів союзної Німеччини, і навіть той факт що зазначені офіцери вчинили воєнні злочини виконуючи явно злочинний наказ командира не був взятий до уваги як обставина яка пом'якшила покарання, (про що клопотала сторона захисту) оскільки виконання явно злочинного наказу не звільняє від відповідальності осіб за вчинення військових злочинів.

Серед багатосторонніх міжнародних договорів щодо визначення та кваліфікації міжнародних воєнних злочинів, а також відповідальності за їх вчинення і саме відповідальність за порушення законів та звичаїв війни слід виділити Декларацію Сент-Джеймського палацу Союзних держав, території яких були окуповані Німеччиною. Дана декларація була прийнята 12 червня 1941 року і була покликана регулювати питання відповідальності за вчинення воєнних злочинів а також була втіленням заяви керівників держав, а саме Великої Британії, Канади, Австрії, Нової Зеландії, Франції, Польщі та Чехословаччини про необхідність покарання «шляхом проведення організованого правосуддя» воєнних злочинців, в незалежності від того чи діяли такі особи за наказом керівництва чи за власною ініціативою.

Доцільно звернути увагу на Московську декларацію держав, членів антифашистської коаліції, яка була прийнята 1 листопада 1943 року. Дана декларація стосувалася покарання воєнних злочинців а також стала підґрунтям подальшого укладення Лондонської угоди від 8 серпня 1945 року, яка стосувалася судового переслідування і покарання воєнних злочинців європейських держав. Статут Міжнародного воєнного трибуналу був невід'ємною частиною Лондонської угоди. Він був прийнятий з урахуванням проектів Франції, Сполучених Штатів Америки, а також пропозиції Союзу Радянських Соціалістичних Республік та Великої Британії. Даний Статут вперше, крім злочинів проти людяності, визначав поняття воєнних злочинів, а саме як порушення законів війни. До таких порушень прийнято було відносити вбивство, погане поводження з військовополоненими, вигнання та залучення населення окупованої території до рабської праці, вбивство або погане

поводження з особами які перебувають в морі, погане поведження з заручниками, вбивство заручників, катування заручників розграбування приватної власності і розграбування державної власності, безглузде руйнування міст і сіл, а також невинуваті військовою необхідністю інші злочини.

Стаття 27 Статуту Нюрнберзького воєнного трибуналу говорить, що Трибунал має право засудити винного до страти або до іншого покарання, яке сам трибунал визнає справедливим. Діяльність такого трибуналу стала втіленням права держав на території яких було вчинено більшість військових злочинів, безперечного права здійснювати судові функції на окупованих територіях, та притягати осіб, винних у вчиненні порушення законів та звичаїв війни до відповідальності [38, с.44-45].

Статут Нюрнберзького воєнного трибуналу став втіленням норм міжнародного гуманітарного права, які існували на той час. Нюрнберзький трибунал не можна вважати свавільним здійсненням правосуддя з боку народів переможців війни він виступав дієвим засобом нормативно-правового регулювання притягнення до відповідальності осіб, які вчинили воєнні злочини. Статут Нюрнберзького воєнного трибуналу є досить таки вагомим внеском у розвиток між норм міжнародного гуманітарного права. Для розгляду питання історії становлення та розвитку кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, варто так звернути увагу на Нюрнберзький та Токійський судові процеси які є важливим прикладом чіткого, всебічного, та повного формулювання та закріплення принципів і норм що стосується відповідальності фізичних осіб за вчинення військових злочинів, а саме порушення законів та звичаїв війни. 11 грудня 1946 року Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй ухвалила резолюцію № 95 Про підтвердження принципів міжнародного права, які визнані Статутом Нюрнберзького трибуналу, а також у 1950 році було затверджено Звіт Генеральної асамблеї Організації Об'єднаних Націй Про принципи міжнародного права, які визнані статутом Нюрнберзького воєнного трибуналу, і знайшли своє відображення у Вироку Нюрнберзького воєнного трибуналу. Дані положення передбачали ряд

принципів, згідно з яких здійснювалося притягнення до відповідальності осіб, які вчинили воєнні злочини [18]. Так, відповідно до першого принципу було проголошено, що будь-яка особа яка вчинила військовий злочин, або інше будь-яке діяння, яке визнається нормами міжнародного гуманітарного права як міжнародний військовий злочин несе за нього відповідальність і підлягає індивідуальному покаранню. Відповідно до другого принципу який впливає з даних нормативно-правових актів особа буде нести відповідальність за вчинення міжнародного військового злочину навіть у випадку якщо не визнається кримінальним правопорушенням у державі, громадянином якої вона є. Третій та четвертий принципи даних нормативно-правових актів визначали неминучість притягнення до відповідальності керівника держави чи посадової особи уряду у випадку вчинення військових злочинів, або надання наказу на вчинення таких злочинів а також неминучість притягнення до відповідальності самого безпосереднього виконавця вчинення злочину у випадку якщо він виконував явно злочинний наказ. Припускається, що особа мала право відмовитися виконувати явно злочинний наказ. У випадку відсутності такої відмови особа визнається винною у вчиненні порушення законів та звичаїв війни. Четвертий принцип передбачений Нюрнберзьким воєнним трибуналом поділяє воєнні злочини на три категорії одну з яких складають саме воєнні злочини [172, с. 363].

Аналізовані резолюції генеральної асамблеї ООН а також статут Нюрнберзького військового трибуналу можна вважати одним з найяскравіших кроків на етапі розвитку та формування законодавства, покликаного регулювати відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни. Подальший розвиток такого законодавства пов'язаний з кодифікацією міжнародних норм та спробами утворення єдиної галузі міжнародного військового права.

Варто відмітити також діяльність, з приводу створення тимчасових спеціальних трибуналів для розслідування міжнародних військових злочинів для країн Далекого Сходу а також колишньої Югославії та Руанди. Дані міжнародні військові трибунали також були наділені статутами які були затверджені Рабою Безпеки Організації Об'єднаних націй. Особливостями даних Статутів

міжнародних військових трибуналів, особливо стосовно Югославії та Руанди, були чіткі посилання на статтю 3 Женевської конвенції 1949 року, а також Додаткові протоколи до неї, що було зумовлено по-перше, не міжнародним характером цього збройного конфлікту, а по-друге, виступало першим прикладом застосування положень Женевської конвенції для розгляду неміжнародних воєнних злочинів [169, с.175-177]

Важливим етапом під час розвитку міжнародного кримінального законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни є рішення Дипломатичної конференції Організації Об'єднаних Націй, яке було ухвалено 17 липня 1998 року, на основі якого прийнято Римський статут міжнародного кримінального суду. Положення даного Статуту, а саме ст. 5, 6, 7 та 8, визначають поняття міжнародних злочинів, які підпадають під юрисдикцію міжнародного кримінального суду. Дані злочини прийнято виділяти як «найсерйозніші злочини що викликають стурбованість усієї міжнародної спільноти» [184, 124,126].

Серед масиву міжнародних договорів, які покликані регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни для простеження розвитку законодавства по кримінальну відповідальність за вчинення даного міжнародного злочину варто звернути особливу увагу на положення ст. 27 а також ст. 28 Женевської конвенції 1906 року, яка стосується покращення участі поранених а також хворих у діючих арміях, статтю 46 Положення про закони і звичаї сухопутної війни, яка є додатком до Гаазької конвенції 1907 року а також ст. 28 і 29 Женевської конвенції 1929 року Щодо покращення участі поранених та хворих у діючих арміях, конвенції Організації Об'єднаних Націй по захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 року, та Додатковий протокол № 1 до даної конвенції. Доцільно також виділити Конвенцію Про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства, від 1968 року [12, р.401-402].

На держав учасниць Женевської конвенції 1949 року покладається обов'язок дотримуватися і примушувати дотримуватися положень даної

конвенції і додаткового протоколу . В контексті Женевських конвенцій, воєнні злочини розглядаються, як серйозні порушення норм міжнародного гуманітарного права.

Розглядаючи історію становлення та розвитку інституту відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, варто звернути увагу на питання захисту культурних цінностей у випадку збройного конфлікту. Саме на врегулювання цього питання спрямована однойменна Конвенція Організації Об'єднаних Націй 1954 року, яка покликана зобов'язати сторін учасників Конвенції проводити захист культурної спадщини всього людства. Для реалізації зазначеної мети усі держави учасниці конвенції, зобов'язуються застосовувати всіх заходів кримінального переслідування, які є необхідними для того щоб піддати кримінальній відповідальності а також санкціям осіб які порушили або віддали наказ про порушення положень зазначеної конвенції.

Окремо варто виділити діяльність військових трибуналів, а саме Нюрнберзького воєнного трибуналу, який був покликаний розглянути питання про вчинення воєнних злочинів представниками німецького уряду а також військовослужбовцями німецької армії. Нюрнберзький воєнний трибунал у своєму висновку зазначав, що міжнародне право покладає обов'язок та відповідальність як на державу так і на окремих осіб що фактично було першою основою притягнення до відповідальності за вчинення міжнародних кримінальних правопорушень окремих фізичних осіб або держави в цілому [173].

Під час Токійського та Нюрнберзького процесів сторона захисту висунула одне з тверджень, яким пробувала стимулювати суд до звільнення підзахисних від кримінальної відповідальності, а саме було звернено увагу на принцип кримінального права, згідно з яким немає злочину без закону (*nullum crimen sine lege*). [176, с.789-790]. Дані твердження сторони захисту були відхилені трибуналом, а норми закону були застосовані на загальновідомому «застереженні Мартинця» яке було складовою частиною преамбули Гаазької конвенції 1899 року. Дане положення визначало що у випадках настання

ситуацій, не передбачених нормами міжнародного гуманітарного права, воюючі сторони залишається під захистом і дією принципів а також гарантій міжнародного гуманітарного права. Зазначені принципи та норми міжнародного гуманітарного права беруть свій початок з міжнародного звичаю, а також національних звичаїв держав, які беруть участь у збройному конфлікті. Генеральний секретар Організації Об'єднаних Націй висловлював тезу, що декілька конвенцій які визначають відповідальність за порушення законів та звичаїв війни є частиною норм міжнародного звичаєвого права. До таких документів він відносив Гаазькі положення 1907 року, Нюрнберзький статут Міжнародного військового трибуналу, Женевські Конвенції про захист жертв війни 1949 року, Конвенцію Про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. В одному зі своїх висновків Конституційний суд України сформулював положення, відповідно до якого, норми Римського статуту які забороняють злочини проти людяності воєнні злочини, злочини геноциду, а також злочини агресії розглядається сьогодні як звичаєві норми міжнародного права. Варто зазначити, що міжнародне гуманітарне право одним зі своїх джерел та першооснов має норми міжнародного звичаєвого права які в свою чергу складаються зі звичаїв народів, які становлять собою норми звичаєвого права кожної держави [49, с.101].

Зазначимо, що положення про відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни передбачені в чинному КК України. КК України вперше на рівні законодавства визначив поняття такого складу злочину, як «порушення законів та звичаїв війни». Даний склад злочину передбачений ст. 438 КК України. У зв'язку з великою суспільною небезпечністю а також подвійною протиправністю, положення, що забороняють дані види діяння віднесені і до національного і до міжнародного законодавства. У 2021 році було прийнято законопроект №2689 Про воєнні злочини, який передбачав проведення процедури імплементації положень міжнародного кримінального права щодо кримінально-правового переслідування за злочини проти людяності а також воєнні злочини [100].

Даний законопроект передбачав впровадження кримінальної відповідальності військових командирів, або осіб, які виконують їх функції за будь який злочин скоєний їх підлеглими, якщо вони знали про вчинення або про наявність у останніх наміру на вчинення злочинів. Також відповідно до даного законопроекту звільнення від кримінальної відповідальності не застосовується за вчинення злочинів проти миру та безпеки людства. Аналізований законопроект передбачає покарання за вчинення воєнних злочинів. Зокрема злочинів проти людяності, особи, власності а також проти гуманітарних місій та гуманітарних операцій, цінностей культури, а також будівель та споруд, які перебувають під захистом норм міжнародного гуманітарного права. . даний законопроект був покликаний допомогти правоохоронним органам у процесі притягнення до відповідальності за вчинення воєнних злочинів на тимчасово-окупованих територіях, наприклад за незаконне переміщення осіб, примушування до служби у збройних силах російської федерації, використання «людей в якості живого щита» і так далі. Даний законопроект сприяв би приведені положень чинного КК України у відповідність з поставленими викликами які виникли з моменту початку збройної агресії та створив би площину правового регулювання для можливості притягнення воєнних злочинців до кримінальної відповідальності [108].

Ще один законопроект №7290 було зареєстровано 15 квітня 2022 року за поданням Кабінету Міністрів України. За своєю суттю та окремими положеннями аналізований законопроект є схожим до законопроекту №2689, однак між ними є і суттєві відмінності [101]. Так зазначимо, що розподіл воєнних злочинів який пропонує аналізований законопроект є тотожним до законопроекту №2689, а також у стт. 436 та 437 пропонується встановити відповідальність за вчинення публічних закликів до вчинення акту агресії або розв'язання збройного конфлікту. Пропонується кримінальну відповідальність за воєнні злочини закріпити в ст.148 КК України а також стт. 438-1 – 438-5 КК України запропоновані зміни та доповнення аналогічні до ст. 8 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду, та охоплюють усі види серйозних

воєнних злочинів а також інші серйозні порушення передбачені Женевською конвенцією 1949 року та Додатковим протоколом до неї. Також авторами законопроекту пропонується провести доповнення положень КК України положеннями про відповідальність військових командирів за бездіяльність яка пов'язана з тим, що вони умисно не припинили діяльність своїх підлеглих спрямовану на вчинення злочину або не попередили його вчинення останніми. Станом на сьогоднішній день даний законопроект зареєстровано в Верховній Раді України та надано на опрацювання в відповідні Комітети Верховної Ради України. Схвалення такого законпроект а також його підписання в подальшому Президентом України дозволить суттєво спростити практику притягнення осіб винних у вчиненні воєнних злочинів до відповідальності, а також сприятиме процедурі інтеграції норм міжнародного гуманітарного права в положення чинного КК України. Що дозволить в свою чергу привести законодавство у відповідність до вимог часу в питанні відповідальності за воєнні злочини, в тому числі і за порушення законів та звичаїв війни [103].

Аналіз історії становлення механізму правового регулювання відповідальності за вчиненні воєнних злочинів, а також за вчинення порушення законів та звичаїв війни дозволяє сформулювати наступні висновки:

Першоосновою правового регулювання питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни виступають норми звичаєвого права, які в результаті розвитку суспільства а також у зв'язку з появою перших держав отримують своє відображення в нормах перших нормативно-правових актів, які були покликані регулювати питання ведення бойових дій, а також відповідальність за вчинення воєнних злочинів.

Проблематика правового регулювання питання відповідальності за вчинення воєнних злочинів, а саме за порушення законів та звичаїв війни полягає у відсутності чіткого розмежування воєнних та військових злочинів, що має негативні наслідки на процес застосування даних норм в період Київської Русі.

Позитивним варто відмітити розвиток законодавства про воєнні злочини в період Литовсько-Руської держави (в положеннях Литовських статутів), які

передбачали захист правового статусу військово-полоненого а також передбачали посилення кримінальної відповідальності у випадку вчинення злочинів проти особи або власності в умовах війни.

Події першої та Другої світової війни викликали необхідність прийняття міжнародних нормативно-правових актів, які покликані не допустити фактів вчинення воєнних злочинів шляхом покладення на держав-учасниць таких договорів обов'язку проводити усі дії та вживати усіх заходів з попередження воєнних злочинів а також притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів.

Положення чинного КК України передбачають відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни та потребують удосконалення з метою спрощення процедури застосування даної норми правоохоронними органами а також імплементації положень Римського статуту Міжнародного Кримінального Суду, а також Женевської конвенції та Додаткових протоколів до неї в національне законодавство з метою побудови дієвого механізму відповідальності за вчинення воєнних злочинів, зокрема і за порушення законів та звичаїв війни.

Станом на зараз підготовлено два законопроекти, які передбачають внесення змін до КК України та КПК України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права. Дані законопроекти покликані привести положення КК України у відповідність до міжнародних нормативно-правових актів а також положень міжнародного гуманітарного права, але станом на зараз один з них ще не підписаний Президентом України а інший перебуває на розгляді відповідних Комітетів Верховної Ради України. Ухвалення такого законопроекту та внесення відповідних змін позитивно відобразиться на механізмі кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів [67].

Доцільно також відзначити роботу Робочої групи з питань розвитку кримінального права у сфері підготовки проекту нового Кримінального кодексу України. Зокрема в аналізованому проекті нового кримінального кодексу

України питанню відповідальності за порушення законів та звичаїв війни присвячений Розділ 11.4. Воєнні злочини, згідно з якого пропонується введення кримінальної відповідальності за вчинення Серйозного порушення норм міжнародного гуманітарного права, що виступає проявом перенесення норм Римського статуту Міжнародного кримінального суду в контексті воєнних злочинів в положення національного кримінального законодавства. Позитивним аспектом даного проєкту КК України варто відзначити наявність чіткого роз'яснення термінів, серед яких поняття відмітні емблеми і розпізнавальні знаки, встановлені міжнародним гуманітарним правом, військові об'єкти, військові сили, віроломство, заволодіння власністю, засоби ведення війни, заборонені міжнародним гуманітарним правом та інші., що позитивно спрощує процес застосування положень КК України на практиці, а також сприяє процедурі гармонізації законодавства України з положеннями міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною радою України. Проєкт нового КК України пропонує якісно новий підхід до систематизації воєнних злочинів, а саме пропонується виділення відповідальності за наступні суспільно-небезпечні діяння: 1) Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у формі вбивства, 2) Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом, 3) Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку зі збройним конфліктом неміжнародного характеру, 5) Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру, 6) Відповідальність командира (начальника) за злочин проти міжнародного гуманітарного права. Дана пропонована структура суспільно-небезпечних діянь заслуговує на увагу наукової спільноти та потребує подальшого вивчення та дослідження шляхом моделювання практики застосування таких положень проєкту КК України. [207]

## Висновки до розділу 1

1. В результаті дослідження спеціальної літератури щодо відповідальності за порушення законів та звичаїв війни визначено основні вектори подальшого дослідження, а саме проблеми суб'єкта аналізованого складу злочину, призначення покарання за порушення законів та звичаїв війни через призму судових рішень у справах про порушення законів та звичаїв війни. Теоретичний огляд повинен враховувати виклики, які виникають перед правозастосовниками, у зв'язку із збройною агресією Російської Федерації проти України.

2. Проведені дослідження питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни дозволяють сформулювати висновок про необхідність проведення комплексної і системної оцінки теоретичних напрацювань щодо відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, і, як результат, оцінку кримінального законодавства щодо відповідальності за порушення законів та звичаїв війни.

3. Аналіз процесу становлення та розвитку правових норм, які покликані регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, дозволяє сформулювати висновок, що джерелами правового регулювання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни виступають норми звичаєвого права, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та положення національного кримінального законодавства. Правовий звичай виступає першоосновою правового регулювання відповідальності за вчинення даного злочину і в процесі історичного розвитку норми звичаєвого права знайшли своє відображення в положеннях міжнародних договорів, а також статутах спеціальних воєнних трибуналів. Норми звичаєвого права залишалися затребуваними в процесі розслідування воєнних злочинів, які були вчинені в процесі Першої та Другої Світової війн, що підтверджується наявністю в матеріалах розгляду Нюрнберзьким та Токійським воєнними трибуналами справ про воєнні злочини посилань на норми звичаєвого права.

4. Положення пам'яток права Київської Русі, а також Великого Князівства Литовського виступають прототипами норм, які спрямовані на регулювання відповідальності за окремі діяння, які за їх суттю можна вважати порушенням законів та звичаїв війни. Документи часів Руської доби та середньовіччя в основному містили норми, які були покликані регулювати питання відносин між членами суспільства з питань, які виникали в процесі життєдіяльності суспільства, і питання відповідальності за діяння, які можна вважати прототипами форм порушення законів та звичаїв війни регулювалися виключно в деяких нормативно-правових актах того часу і в більшості випадків такі посягання розглядалися як злочини проти власності, особи.

5. Першим документом, у якому злочини, які можна вважати історичним прототипом порушення законів та звичаїв війни, були систематизовані в окрему главу, виступає Соборне уложення 1649 року. Першим же кодифікованим актом, норми якого були покликані регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни виступає Військовий артикул 1716 року.

6. Женевські конвенції (Про захист жертв війни від 12 серпня 1949, з додатковими протоколами від 1977 та 2005 р.р.) є основою міжнародного гуманітарного права як права яке встановлює правила ведення збройних конфліктів та основною метою якого є обмеження насильства під час війни.

7. Формування міжнародного гуманітарного права як окремої галузі міжнародного права свідчить про міжнародний рівень правової охорони законів та звичаїв війни.

## **РОЗДІЛ 2. ОБЄКТИВНІ ОЗНАКИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ»**

### **2.1. Об'єкт складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни»**

Розгляд питання об'єктивних ознак складу у порушення законів та звичаїв війни доцільно почати з визначення поняття та особливостей об'єкту складу кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни.

Перейдемо до розгляду питання правової природи об'єкту складу кримінального правопорушення. Дослідження об'єкту складу злочину є одним з наскрізних питань науки кримінального права. Визначення сутності об'єкта кримінально-правової охорони має своїм наслідком вирішення багатьох проблем кримінального права. Об'єкт складу злочину дає нам можливість правильно визначити соціальну сутність злочинного діяння та проаналізувати суспільно небезпечні наслідки, які настають в результаті його вчинення. Також це дає можливість провести систематизацію кримінально-правових норм та має важливе значення для процесу кримінально-правової кваліфікації.

Дослідженням проблематики визначення об'єкта складу кримінального правопорушення займалися такі провідні вчені як М.Д. Дурманов, М.І. Панов, В. М. Кудрявцев, В.В. Мальцев та інші. Розглянемо найбільш поширені теорії об'єкта складу злочину, які існують в доктрині кримінального права України.

Однією із перших теорій слід вважати визнання об'єктом складу злочину людину, її основоположні конституційні права та свободи (Г.П. Новосьолов) [171]. Дана теорія виникла ще в 18 ст. на теренах Західної Європи [41]. Одним з її прихильників можна вважати професора Д.О. Калмикова, який у своїх працях визначав, що шкода внаслідок вчинення правопорушення заподіюється безпосередньо людині, оскільки саме людина виступає первинним суб'єктом суспільних відносин, які виникають між правопорушником та державою в результаті вчинення порушником злочину. Провідні криміналісти пропонували

визнавати об'єктом складу злочину норми права в суб'єктивному розумінні, тобто як права та свободи людини (М. С. Таганцев) [204].

Недоліком даного підходу можна вважати розгляд об'єкта злочину через призму одного конкретного елементу суспільних відносин, тобто до уваги береться або предмет, або суб'єкт відносин. Ці відносини в основному розглядаються з позиції цивільно-правової науки.

На думку професора Г. П. Новосьолова об'єктом злочину є людина, яку можна розглядати в трьох проявах. По-перше, як фізична особа, яка виступає об'єктом у посяганнях проти особи та її прав, по-друге, сукупність людей, які мають статус юридичної особи, і по-третє, як суспільство в загальному розумінні [171]. Але якщо керуватися даним підходом до визначення об'єкта складу злочину, то можна констатувати той факт, що об'єкт складу злочину в даному випадку буде зводитися лише до учасника правовідносин, як одного з елементів суспільних відносин. Тим більше не кожен злочин передбачає вчинення посягання саме на людину, оскільки шкода особі може завдаватися як прямо, так і опосередковано, впливаючи на умови існування та середовище проживання особи.

Серед науковців є позиції, які в своїй основі передбачають поєднання суспільних відносин, прав та цінностей людини як об'єкта суспільних відносин. Виходячи з аналізу даної теорії, можна простежити її суперечність основним законам формальної логіки, зокрема, закону виключеного третього, за яким не допускається поєднання різнотипних понять які є частиною та цілим (П.Л. Фріс) [219].

Однією з теорій об'єкта складу злочину передбачено визнання правовідношення як об'єкта складу злочину (О.М. Готін). Недоліком даного підходу є те, що правовідношення є структурним елементом соціальних норм, які існують поряд з нормами моралі, релігійними нормами та ін., які разом з правовими нормами виступають регулятором суспільних відносин. А отже, дана теорія обмежує об'єкт кримінально-правової охорони лише до врегульованих нормами права суспільних відносин і є недосконалою [79].

Надзвичайно велика кількість підходів до визначення об'єкту складу злочину підтверджує актуальність даного питання в кримінальному праві. Більшість теорій об'єкта складу злочину зводяться лише до визнання об'єктом складу злочину лише певного елементу суспільних відносин. Провідною теорією в доктрині кримінального права України є визнання об'єктом складу злочину певних суспільних відносин. Вперше дана теорія була задокументована ще в 1925р., а її основоположником є професор А.А Піонтковський [183, с. 129-130]. Противники даної теорії вважають поняття «суспільні відносини» суто філософською категорією, пережитком минулого та штучно розробленою категорією часів радянщини. З цим підходом можна не погодитися, оскільки категорія суспільних відносин є наріжним каменем у визначенні предмета різних галузей права, таких як: господарське, конституційне, цивільне та інші галузі права, а отже можна вважати, що категорія суспільних відносин має міжгалузевий характер. Слід зазначити, що поняття суспільних відносин нерозривно пов'язане з розвитком суспільства, а отже, є досить таки мінливим та схильним розвиватися. Тому суспільні відносини повинні розглядатися як об'єкт складу злочину лише в цілісному розумінні цього поняття без виділення будь яких елементів цих відносин [75].

Таким чином, під об'єктом складу злочину в контексті нашого дослідження пропонується вважати суспільні відносини, під якими розуміються охоронювані соціальними нормами відносини між суб'єктами, предметом яких є матеріальні чи нематеріальні блага (цінності), а в певних випадках і людина (люди) [81, с.168].

Відповідно до загальної теорії кримінального права об'єкт складу злочину – це обов'язковий елемент кожного складу злочину, який являє собою охоронювані законом України про кримінальну відповідальність позитивні, особливо цінні суспільні відносини на які посягнув (посягає) або може посягнути особа і яким заподіяна, заподіюється або може бути заподіяна шкода [81, с.168-169].

Проведений короткий аналіз питання об'єкту складу злочину дає можливість зрозуміти необхідність подальшого дослідження даного питання, а також виокремлення дослідження питання об'єкту складу злочину порушення законів та звичаїв війни. Підкреслимо що саме об'єкт аналізованого нами складу злочину порушення законів та звичаїв війни має вирішальне значення при визначенні соціальної природи даного злочину, а також оцінці його як міжнародного злочину. Об'єкт складу злочину має вирішальне значення під час розгляду питання про кваліфікацію суспільно-небезпечного діяння як порушення законів та звичаїв війни, а також відмежування вчиненого діяння від інших складів кримінальних правопорушень.

При визначенні об'єкта складу злочину порушення законів та звичаїв війни на особливу увагу заслуговує думка А.А. Піонтковського, який зазначав, що суспільні відносини є змістом та проявом правових відносин, а правові відносини в свою чергу виступають формою суспільних відносин. Вчений передбачав, що коли під охорону ставиться вся система відносин тоталітарної диктатури тоді і передбачається безпосередня охорона окремої особи. безпосереднім об'єктом вчинення злочинного посягання вчений визначав суспільні відносини, але натомість зазначав що у більшості випадків вони не є таким об'єктом [133, с.89-92].

На думку більшості вчених, серед яких М.М. Кудрявцев, та М.Й. Коржанський, об'єктом злочину є охоронювані нормами кримінального закону суспільні відносини. Першоосновою цього твердження варто вбачати положення, згідно з яких суспільство є сумою соціальних зв'язків, які в свою чергу лежать в основі системи суспільних відносин [127, с. 158-159]. На рівні законодавчого регулювання це положення було закріплено після проведення Жовтневої революції у нормативно-правовому акті 1919 року, який отримав свою назву «Керівні начала кримінального права радянського союзу». В даному нормативно-правовому акті зазначалося, що злочином є дія або бездіяльність, яка є небезпечною для всієї системи суспільних відносин, а також те що злочин є порушенням порядку суспільних відносин охоронюваних норм кримінального

права. Дане поняття об'єкту кримінального правопорушення в подальшому отримало своє відображення у законодавстві усіх радянських республік, зокрема і України. Таким чином було отримано офіційне визначення, як у законодавстві так і в теорії національного кримінального права питання об'єкту складу злочину.

Відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни в кримінальному кодексі України, на відміну від більшості країн сучасного світу, серед яких Бельгія, США, Швейцарія передбачена не в окремому воєнному або воєнно-кримінальному кодексі, а в одному з розділів КК України. Доцільно акцентувати увагу на питанні, що у КК України 2001 року порушення законів та звичаїв війни вперше знайшло своє відображення як окремий склад злочину, і було включено до складу розділу XX КК України Злочини проти миру безпеки людства та міжнародного правопорядку [125]. Даний розділ КК України поряд з аналізованим нами складом злочину порушення законів та звичаїв війни передбачає також ряд суспільно небезпечних діянь, які визнаються воєнними злочинами в Україні, а саме пропаганда війни, пропаганда, підготовка, планування, розв'язання та ведення агресивної війни, застосування зброї масового знищення, незаконне використання символіки Червоного Хреста і Півмісяця, найманство, мародерство, насильство над населенням в районі проведення бойових дій, погане поводження з військовополоненими, незаконне використання символіки Червоного Хреста і Червоного Півмісяця, а також зловживання такою символікою.

На думку В.Я. Тація, родовий об'єкт складу злочину призначений насамперед для того, щоб провести класифікацію всіх злочинів та кримінально-правових норм які встановлюють відповідальність за їх вчинення [206, с.81].

У науці кримінального права України щодо розгляду питання родового об'єкта вчинення порушення законів та звичаїв війни серед науковців немає єдиної думки. Одні вчені визначають що родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни є правила та ведення війни. Інша група науковців зазначає що родовим об'єктом виступає військова дисципліна а також права і законні інтереси

населення, третя група науковців визначає, що родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни варто вважати міжнародне право і міжнародні конвенції, які покликані врегулювати питання воєнних злочинів і норми яких порушуються під час вчинення воєнних злочинів.

Враховуючи те що родовий об'єкт складу злочину є критерієм побудови особливої частини КК України можна припустити твердження, що родовим об'єктом суспільно небезпечного діяння яке передбачене статтею 438 КК України виступають охоронювані кримінальним кодексом України однорідні та взаємопов'язані між собою суспільні відносини які покликані забезпечити мир безпеку людства а також міжнародний правопорядок.

Суспільна небезпека аналізованого нами посягання полягає в тому, що під час застосування заборонених способів та засобів ведення війни порушуються не тільки норми міжнародного гуманітарного права, а й завдаються невинуваті страждання учасникам збройних конфліктів, а також мирному, цивільному населенню регіонів де відбуваються бойові дії, збільшується кількість людських жертв, в тому числі і серед цивільного населення, здійснюється знищення історико-культурної спадщини та інших досягнень цивілізації.

Мир, міжнародний правопорядок, а також безпека людства виступають родовим об'єктом аналізованого нами суспільно небезпечного діяння. З метою детального вивчення питання родового об'єкту порушення законів та звичаїв війни пропонуємо провести аналіз основних категорій які становлять собою об'єкт зазначеного посягання. Так мир характеризується відсутністю бойових дій. Стан миру проявляється, як охоронювані КК України суспільні відносини які становлять собою відсутність юридичного стану війни та фактичних бойових дій. Під безпекою людства загально прийнято розуміти стан захищеності невизначеного кола осіб під будь-яких дій або погроз, які посягають або можуть посягати на їхні життєво-важливі інтереси, створюють загрозу фізичному існуванню людства взагалі або його певній демографічній групі. В свою чергу міжнародний правопорядок - це такий, що втілює інтереси міжнародного співтовариства порядок міжнародних відносин, що встановлений і реалізується

на основі принципів і норм чинного міжнародного гуманітарного права а також спрямований на забезпечення нормальних миролюбивих відносин і співробітництва між усіма державами світу незалежно від їх політичних економічних або соціальних систем та від рівня їх розвитку.

Провівши аналіз понять «мир» «міжнародний правопорядок» а також «безпека людства» можна зазначити що під родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни доцільно розглядати охоронювані КК України суспільні відносини, які спрямовані на забезпечення відсутності юридичного стану війни та фактичних військових дій, а також на дотримання загальних правил ведення війни та інших збройних конфліктів. Специфіка порушення законів та звичаїв війни визначається не тільки посяганням на суспільні відносини у сфері забезпечення миру та безпеки людства а також міжнародного правопорядку а й у заподіяні шкоди суспільні відносини інших сферах серед яких і охорона здоров'я честь гідність особи власність тощо [91].

Виходячи з аналізу положень міжнародного гуманітарного права таке визначення родового об'єкту вчинення порушення законів та звичаїв війни, на наш погляд є досить таки широким а також не відповідає положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. В міжнародних нормативно-правових актах а також актах міжнародного гуманітарного права воєнні злочини систематизуються як окрема група злочинів. Так наприклад статут Нюрнберзького воєнного трибуналу а також Женевські Конвенції «Про захист жертв війни» чітко поділяють групи воєнних злочинів [85].

Пропонується під родовим об'єктом воєнних злочинів, а саме злочину порушення законів та звичаїв війни розуміти охоронювані Законом України про кримінальну відповідальність однорідні взаємопов'язані суспільні відносини які покликані забезпечити мир та дотримання загальних правил ведення війни, а також звичаїв міжнародного гуманітарного права і інших збройних конфліктів.

Досліджуючи питання безпосереднього об'єкта вчинення кримінального правопорушення можемо зазначити, що під ним розуміють складову частину

суспільних відносин, яка належить до родового об'єкту систематизованих кримінальних правопорушень. Безпосередній об'єкт вчинення кримінального правопорушення являє собою конкретні суспільні відносини, які поставлені законодавцем під охорону певної статті КК України таким відносинам безпосередньо заподіюється шкода, або створюється загроза заподіяння шкоди під час вчинення кримінального правопорушення [122, с. 112].

Безпосередній об'єкт є обов'язковою ознакою будь-якого складу кримінального правопорушення. За допомогою безпосереднього об'єкту визначається характер суспільно-небезпечного діяння а також ступінь суспільної небезпеки, яка створюється в момент заподіяння злочину проводиться кваліфікацію суспільно-небезпечного діяння а також здійснюється розмежування суміжних складів кримінальних правопорушень, які перебувають під захистом відповідно кримінально-правових норм Закону України про кримінальну відповідальність, і на які спрямовано відповідне суспільно-небезпечне діяння [70].

Проводячи дослідження положень КК України які покликані встановити кримінальну відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни, варто зазначити що порушення законів та звичаїв війни можуть бути спрямовані проти двох або більше суспільних відносин. Підтвердженням цього факту виступає те, що диспозицією ст. 438 КК України безпосередньо визначено що до порушення законів та звичаїв війни належить жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованих територіях, застосування способів та засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного права та інші суспільно-небезпечні діяння. В такому випадку одні суспільні відносини виступають як основний головний безпосередній об'єкт, а інші як додатковий об'єкт вчинення кримінальних правопорушення (як обов'язкові так і факультативні). В Кримінальному Кодексі України проведено класифікацію кримінальних правопорушень які визнаються воєнними злочинами. Поряд зі складом злочину порушення законів та звичаїв

війни передбачаються і інші склади кримінальних правопорушень, які відповідно до норм міжнародного гуманітарного права регулюють притягнення до відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни. Як справедливо зазначає С.О. Харитонов ці діяння виступають злочинами проти законів та звичаїв війни.

В теорії кримінального права питання щодо оцінки безпосереднього об'єкта злочинів, а саме порушення законів та звичаїв війни, часто науковцям вирішується неоднозначно. Одні автори, під безпосереднім об'єктом розглядають порядок виконання вимог міжнародних договорів згоду на обов'язковість яких надана Верховною Радою України які покликані регулювати відповідальність за порушення законів та звичаїв війни стосовно міжнародного правопорядку у сфері війни та збройних конфліктів, інші під безпосереднім об'єктом порушення законів та звичаїв війни пропонують розглядати регламентований міжнародно-правовими нормами порядок введення війни міжнародний правопорядок у сфері збройних конфліктів. Запропоновані концепції безпосереднього об'єкта вчинення кримінального порушення у формі порушення законів та звичаїв війни звичайно заслуговують на увагу, але на практиці вони є досить-таки неоднозначними, оскільки одні з них розширено тлумачать безпосередні об'єкти, яким заподіюється шкода внаслідок вчинення кримінального правопорушення, а інші навпаки безпідставно звужують зміст об'єкта який перебуває під охороною норм кримінального права України .

Залежно від погляду на об'єкт кримінально-правової охорони по-різному можна розглядати характер і обсяг злочинних дій які характеризують воєнний злочин. Тому визначення безпосереднього об'єкта вчинення кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни безпосередньо пов'язано з аналізованими формами вчинення даного суспільно-небезпечного діяння.

Оскільки аналізована нами норма КК України передбачає декілька форм вчинення порушення законів та звичаїв війни пропонуємо перейти до детального аналізу безпосередніх об'єктів порушення законів та звичаїв війни відповідно до

форм вчинення даного злочину. Аналізуючи положення ч.1 ст. 438 КК України у формі відповідного вчинення порушення законів та звичаїв війни як жорстокого поводження з цивільним населенням, під основним безпосереднім об'єктом варто розуміти суспільні відносини які покликані регулювати дотримання загальноприйнятих правил ведення війни щодо цивільного населення, а також суспільні відносини які покликані регулювати питання життя, здоров'я та фізичної недоторканості цивільного населення, забезпечення нормального морального стану а також нормальних умов життєдіяльності населення. У аналізованій формі вчинення порушення законів та звичаїв війни під додатковим безпосереднім факультативним об'єктом можна розглядати відносини, покликані регулювати право власності, якщо мова йде про руйнування об'єктів права власності цивільного. Загальновідомим фактом є те, що під час будь-яких бойових дій, як і під час Першої так і під час Другої світової війни так і під час подій збройної агресії Російської Федерації щодо України безпосередня шкода у випадку вчинення порушення законів та звичаїв війни, наприклад у формі застосування заборонених способів та методів ведення війни може спричинятися як і цивільному населенню так і їхньому майну яке безпосередньо пов'язане з руйнуванням об'єктів інфраструктури, знищенням об'єктів приватної власності, серед яких домівки або інші господарські приміщення людей.

Згідно загальноприйнятого поділу у науці кримінального права України безпосередні об'єкти вчинення кримінального правопорушення поділяються на обов'язкові, наявність яких є необхідною для кваліфікації суспільно-небезпечного діяння, та факультативні відповідно наявність яких не є обов'язковою для визначення ознак суспільно-небезпечного діяння та кваліфікації його як кримінального правопорушення. Серед представників кримінально-правової науки існують і інші погляди, згідно яких ознаки суспільно-небезпечного діяння не можуть бути факультативними, вони завжди є обов'язковими і необхідними для точної кваліфікації суспільно-небезпечного діяння.

Складним на практиці є аналіз усіх необхідних ознак додаткового факультативного об'єкта складу злочину у формі суспільних відносин яким заподіюється шкода внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння. Для повноцінного визначення додаткових і основних об'єктів вчинення суспільно-небезпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни необхідно повністю аналізувати суспільно-небезпечні діяння які вчиняються у формі порушення законів та звичаїв війни.

З огляду на особливості конструкції ст. 438 КК України варто зазначити, що основним безпосереднім об'єктом суспільно-небезпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни є конкретне суспільне відношення, яке покликане забезпечити дотримання загальновизнаних правил ведення бойових дій і яке відповідно поставлене під охорону положень КК України. Таким чином, підсумовуючи викладене можна зазначити що це певне суспільне відношення яке розглядається і перебуває в межах родового об'єкту кримінального правопорушення, тобто певної групи однорідних взаємопов'язаних суспільних відносин, що покликані регулювати і забезпечувати дотримання загально-визначених правил ведення бойових дій та інших збройних конфліктів .

Вчинення діяння у формі порушення законів та звичаїв війни не змінюють основного змісту суспільних відносин, які покликана регулювати стаття 438 КК України. Отже, усі альтернативні діяння, визначені диспозицією основного складу аналізованого нами суспільно-небезпечного діяння спрямовані проти єдиного конкретного безпосереднього об'єкта вчинення злочину.

У випадку вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі жорстокого поводження військовополоненими або цивільним населенням, зазначимо, що крім заподіяння шкоди в родовому об'єкту порушення законів та звичаїв війни у формі миру та безпеки людства а також міжнародного правопорядку шкода заподіюється також безпосередньому об'єкту кримінально-правової охорони, а саме суспільним відносинам, які спрямовані на забезпечення життя здоров'я а також недоторканості фізичної особи.

Розглядаючи вчинення даного суспільно-небезпечного діяння, у формі вигнання цивільного населення для примусових робіт, також можна зазначити, що безпосереднім об'єктом вчинення даного суспільно-небезпечного діяння будуть виступати суспільні відносини які спрямовані на забезпечення волі, честі, гідності та недоторканості особи свободи від переслідування або захисту особи від протиправних посягань на її трудові, соціальні та економічні права.

Оцінюючи вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі розграбування національних цінностей на окупованій території, варто зазначити що шкода заподіюється охоронюваним КК України суспільним відносинам які покликані регулювати відносини права власності на національні, культурні цінності які перебувають на окупованій території. Під суспільними відносинами які покликані регулювати право власності на об'єкти культурної, національної спадщини, а також національні цінності варто розуміти суспільні відносини які виникають з приводу володіння користування та розпорядження об'єктами національними цінностей, які перебувають на окупованій території, а також захист таких суспільних відносин від протиправного посягання. Під протиправним посяганням на об'єкти національних цінностей на окупованій території пропонуємо розглядати вчинення викрадення або протиправного переміщення об'єктів національних цінностей, а також культурної спадщини які знаходяться на окупованій території з законного володіння держави або особи та переміщення їх на інші території зокрема і за межі території держави власністю якої вони є [107].

Аналізуючи вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі застосування способів та засобів ведення війни заборонених міжнародним правом назначено що безпосереднім об'єктом вчинення даного кримінального правопорушення виступають суспільні відносини які покликані забезпечити життя та здоров'я недоторканість та безпеку людини та громадянина а також захист права власності від протиправних посягань знищення а також захист права власності від протиправних посягань, які поєднуються у знищенні або руйнуванні майна особи [107].

Зазначимо, що до способів та засобів ведення війни які заборонені міжнародним правом належать способи та засоби введення війни, які характеризуються невибірковою дією, тобто під час застосування яких може заподіюватися шкода як і життю здоров'ю особи, так і безпосередньо власності особи або іншим правам такої особи. Для детального відображення даного положення змоделюємо ситуацію, коли під час бойових дій застосовуються системи залпового вогню «Град», які належать до способів та засобів ведення війни які заборонені нормами міжнародних договорів згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Під час таких дій суспільно небезпечним діянням може здійснюватися посягання на такі безпосередні об'єкти, як життя та здоров'я особи, у випадку коли внаслідок застосування таких систем залпового вогню заподіюється шкода життю та здоров'ю особи, або ж внаслідок застосування систем залпового вогню може заподіюватися шкода виключно майну особи якому. В такому випадку шкода буде заподіюватися безпосередньому об'єкту, під яким варто розуміти суспільні відносини з приводу забезпечення права власності на певне майно.

Розглядаючи питання застосування положень ст. 438 КК України на практиці варто звернути увагу на те, що даний злочин справедливо можна відносити до багато-об'єктних суспільно-небезпечних діянь, які одночасно заподіюють шкоду декільком гілкам суспільних відносин. Таким чином можна вести мову про загальноприйнятий поділ безпосередньо об'єктів суспільно-небезпечного діяння, а саме один безпосередній об'єкт можна визначати як основний, а інші як додаткові, при цьому визначення таких об'єктів залежить від наявності певного зв'язку з родовим об'єктом .

Аналізуючи структурні елементи суспільних відносин, які перебувають під охороною, як об'єкт вчинення спільно безпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни варто зазначити, що сам механізм заподіяння шкоди безпосередньо об'єкту порушення законів може відрізнятися в залежності від форми вчинення суспільно-безпечного діяння тобто форми безпосередньо посягання які вчиняються під час вчинення діянь, передбачених в частині першій

ст. 438 КК України. Варто зазначити що здійснюється посягання саме на суб'єктів суспільних відносин. Таким чином аналізований нами склад злочину, передбачений положення ст. 438 КК України виступає одним з небагатьох суспільно небезпечних діянь, коли злочинному впливу підлягають самі учасники суспільних відносин, які виступають як потерпілі. Також, варто зазначити що аналізованим складом кримінального правопорушення заподіюється шкода також предмету суспільних відносин, а також в окремих випадках злочинному впливу піддається соціальний зв'язок, який перебуває між учасниками суспільних відносин, оскільки цивільне населення під час введення бойових дій перебуває у стійких постійних зв'язках між державою, яка є безпосереднім учасником збройного конфлікту, і відповідно під час вчинення порушення законів та звичаїв війни, стосовно держави шкода заподіюється також безпосередньо усім учасникам суспільних відносин, які перебувають з нею в суспільних зв'язках. Під час ведення бойових дій і вчинення під час цього порушення законів та звичаїв війни знецінюються соціальні цінності які характеризують саме суспільний зв'язок між державою та її громадянами. Таким чином можна зазначити, що шкода заподіюється усьому суспільному відношенню, як його предмету так і суб'єктам які вступають у певне суспільне відношення між собою. Аналізуючи учасників суспільних відносин, яким заподіюється шкода під час вчинення порушення законів та звичаїв війни можна зазначити, що ними можуть бути як і окремі особи, так і групи осіб, а також юридичні особи яким в процесі вчинення порушення законів та звичаїв війни заподіюється шкода.

Дієвим засобом вирішення даної ситуації виступає прийняття спеціального нормативно-правового акту який буде покликаний встановити відповідальність за вчинення воєнних злочинів зокрема і за порушення законів та звичаїв війни, в якому буде конкретно визначено ряд суспільно-небезпечних діянь які охоплюються поняттям порушення законів та звичаїв війни, а також вид і міру відповідальності за їх вчинення. Це дозволить уникнути питання конкуренції загальної та спеціальної норм КК України, а також дозволить

правозастосованим органам чітко формулювати свою позицію під час постановлення Вироків за вчинення воєнних злочинів. Безпосередній об'єкт вчинення спільно безпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни має важливе значення під час проведення аналізу кваліфікованих складів даного злочину, зокрема кваліфікуючих ознакою порушення законів та звичаїв війни є поєднання його з умисним вбивством, відповідно до частини другої ст. 438 КК України. Виникає досить таки проблемне на практиці питання необхідності розмежування об'єкту вчинення даного кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни поєданого з умисним вбивством, та ст. 115 КК України. Умисне вбивство, під яким варто розуміти умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині, під час якого основним безпосереднім об'єктом вчинення даного суспільного небезпечного діяння є людське життя. В даному випадку можна ввести мову про поділ додаткових об'єктів кримінального правопорушення на обов'язкові та факультативні. Таким чином, суспільні відносини що покликані забезпечити право на життя іншої людини яка не є комбатантом або некомбатантом відповідно будуть виступати додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом вчинення суспільно-небезпечного посягання, яке буде передбачено частиною другою ст. 438 КК України, такому об'єкту завжди заподіюється шкода у випадку вчинення кримінального правопорушення .

Також варто відмітити що заподіяння шкоди додатковому обов'язковому безпосередньому об'єкту вчинення кримінального правопорушення у формі порушення законів зазвичай війни може мати місце як і у випадку вчинення жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням поєданого з умисним вбивством, так і в разі відповідного віддання наказу на вчинення таких дій які поєдані з умисним вбивством. Визначення додаткового факультативного безпосереднього об'єкту під час аналізу спільно безпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни може мати місце та враховуватися під час призначення покарання особі, яка обвинувачується у вчиненні порушення законів та звичаїв війни.

Підсумовуючи викладене вище, можна зазначити що саме властивості додаткових безпосередніх об'єктів суспільно-небезпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни одночасно з безпосереднім основним об'єктом суттєво впливають на визначення соціальної сутності спільно небезпечного діяння, а також на визначення ступеня тяжкості та наслідків що настають або можуть настати у випадку вчинення суспільно-небезпечного діяння. Такі факультативні додаткові об'єкти вчинення кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни Можуть бути підставою для виділення окремих форм вчинення даного суспільно-небезпечного діяння в інші склади злочинів або кваліфіковані або особливо кваліфіковані склади даного суспільно-небезпечного діяння .

Варто зазначити що положення міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, чітко відображають, що чинна редакція ст. 438 КК України потребує проведення її у відповідність до норм міжнародного гуманітарного права. Можна виділити, що відповідно до норм міжнародного гуманітарного права, умисне вбивство військовополоненого або цивільного населення є одним із видів саме порушення законів та звичаїв війни, тому виділення даного складу, як кваліфікуючого відповідно до норми 438 КК України є хибним, і може бути виділено в окремий склад кримінального правопорушення як вбивство військовополоненого або цивільного населення і не може розглядатися законодавцем як ознака для визначення сукупності злочинів яка підтверджує суспільну безпеку та тяжкість вчинення суспільно-небезпечного діяння.

Відповідно до доктрини Кримінального права, нерозривним поняттям від об'єкту складу кримінального правопорушення також прийнято визначати **предмет кримінального правопорушення**, під ним прийнято розуміти будь-які речі матеріального світу, які наділені самостійними властивостями, з якими кримінальний закон пов'язує наявність в дії особи ознак певного складу суспільно-небезпечного діяння [205 с.47; 124, с.93]. Поняття предмету складу злочину активно досліджувалася науковцями протягом багатьох десятиліть [167

с.122-128]. На думку багатьох науковців поняття предмету складу злочину є стороннім об'єкту суспільно небезпечного діяння і не перебуває з ним у постійних взаємозв'язках, інші ж науковці зазначають відсутність будь-якої різниці між предметом спільно-небезпечного діяння та об'єктом якому суспільно-небезпечним діянням заподіюється шкода, а інша група відповідно дослідників кримінально-правової науки, визначає предмет складу злочину, як ознаку об'єктивної сторони суспільно-небезпечного діяння. Також досить таки усталеною є практика, коли предмет складу злочину розглядається як самостійна ознака суспільно-небезпечного діяння, поряд із його самостійними елементами, такими як об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, та суб'єктивна сторона складу злочину. Відповідно до більшості визначень буквального розуміння слова «предмет» можна зазначити що у тлумачному словнику «предметом» визначається будь-яке конкретне матеріальне явище будь-яке субстанція або будь-яка річ [211, с.716].

В.Я. Тацій, акцентуючи увагу на концепції що об'єктом злочину є суспільні відносини, справедливо зазначає, що на практиці не можна простежити чіткого взаємозв'язку між об'єктом суспільно-небезпечного посягання та предметом спільно безпечного посягання, тому відривання предмета від об'єкта та його ізольований розгляд і дослідження не дозволяє розкрити суть та характерні ознаки предмета та об'єкта суспільно небезпечного діяння [206, с.34, 47]. Об'єкт та предмет суспільно небезпечного діяння становлять собою окрему ознаку складу злочину, хоча в багатьох випадках предмет, не є обов'язковою ознакою складу суспільно-небезпечного діяння. Так і для аналізу складу злочину передбаченого ч.1 ст. 438 КК України, предмет складу злочину є обов'язковою ознакою далеко не для всіх форм вчинення порушення законів та звичаїв війни. Так предмет складу злочину буде обов'язковою ознакою при вчиненні порушення законів та звичаїв війни у формі розграбування національних цінностей на окупованих територіях, в такому випадку під предметом складу злочину варто розглядати національну цінність яка перебуває на окупованій території, відповідно в такому випадку предмет складу злочину безпосередньо

визначений у ст. 438 КК України. В такому випадку він є обов'язковою ознакою для аналізу суспільно-небезпечного діяння, та визначення його відповідності положенням КК України. Предмет складу злочину завжди виступає речовою ознакою злочину, оскільки предметом складу злочину може виступати лише певна річ матеріального світу. Під предметом складу злочину передбаченого в ст. 438 КК України слід розглядати не будь-які речі матеріального світу а лише ті які названі безпосередньо в Законі України про кримінальну відповідальність, та внаслідок впливу на які суб'єкт злочину може здійснити суспільно-небезпечні діяння та заподіяти шкоду об'єкту злочину, а також з властивостями яких законодавець пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу кримінального правопорушення [206, с.56].

В деяких випадках, для визначення предмета суспільно-безпечного діяння передбаченого статтею 438 КК України, важливе значення має також розмір відповідного майна, якому заподіюється шкода внаслідок вчинення кримінального правопорушення. Для аналізу даних випадків необхідно звернутися до положення Женевської конвенції, відповідно до якої до воєнних злочинів віднесено незаконне, довільне та здійснюване в великих масштабах викрадення і привласнення майна, яке не викликане воєнною необхідністю. Враховуючи вимоги конвенції ООН Про заборону військового, або будь-якого іншого застосування засобів впливу на природні середовища від 1977 року, до предмета порушення законів та звичаїв війни варто також відносити живе природне середовище, а також об'єкти природної спадщини та природної інфраструктури [95].

Серед форм порушення законів та звичаїв війни, які передбачені частиною першою ст. 438 КК України, а також нормами міжнародного гуманітарного права можна виділити розграбування національних цінностей на окупованій території. В такому випадку предмет складу злочину чітко передбачений частиною першою ст. 438 Кримінального кодексу і відповідно передбачає, що предметом спільно безпечного діяння є національні цінності визначені безпосередньо в нормах законодавства такий предмет складу злочину

визначається відповідно до положень Закону України Про охорону культурної спадщини, яким встановлено категорії об'єктів культурної спадщини які занесені до державного реєстру нерухомих пам'яток України. В такому випадку предмет суспільно небезпечного діяння - це національні цінності що належать іншій державі але є обов'язковою конструктивною ознакою складу порушення законів та звичаїв війни. Тому якщо в певному суспільно небезпечному діянні відсутній визначений в положеннях ст. 438 КК України предмет злочину, то відповідно і немає ознак складу злочину у формі передбаченій як розграбування національних культурних цінностей [98].

Особливістю предмету, аналізованого нами складу суспільно-небезпечного діяння є визначення його окремих форм у міжнародних договорах України. Так відповідно до ст. 52 Додаткового протоколу до Женевської конвенції, не можуть здійснюватися напади або репресалії на цивільні об'єкти, що не належать до об'єктів військової інфраструктури. Перш за все це стосується таких об'єктів, як об'єкти що перебувають під захистом емблем Червоного Хреста та Червоного Півмісяця, шпиталі, військові госпіталі, об'єкти підвищеної безпеки серед яких греблі, атомні електростанції, теплові електростанції, дамби тощо. Таким чином поняття цивільного об'єкту слід розглядати, як узагальнююче родове поняття під час дослідження предмета порушення законів та звичаїв війни.

Важливим та часто аналізованим на практиці серед представників кримінального права є питання тотальної війни. Вперше питання тотальної війни розглядалося під час слухання справи про атомне бомбардування Хіросіми та Нагасакі, під час якого окружний суд Токіо зазначив що поняття тотальної війни не означає повного стирання різниці між воєнними і цивільними об'єктами, суд чітко зазначив що в умовах тотальної війни існує тенденція до розширеного тлумачення поняття воєнного об'єкту, але в жодному випадку не може здаватися, що різниця між воєнними і цивільними об'єктами зникає.

До предметів, яким заподіюється шкода внаслідок вчинення порушення законів та звичаїв війни, варто відносити пам'ятки історії, культури та інші

об'єкти культурної спадщини, як національного так і місцевого значення які зокрема занесені до державного реєстру нерухомих пам'яток України. Також доцільно до таких об'єктів відносити пам'ятки археології, що перебувають під охороною держави та пов'язані з державою територіями а також рухомі культурні цінності що походять з об'єктів культурної спадщини певної держави серед яких можна виділити певні документи національного архівного фонду, які зберігаються на території України та відображають історіографію, духовне та матеріальне життя народу України, а також інших народів які в певних історичних періодах проживали на території нашої держави, мають наукову історико-культурну цінність і така їхня цінність визначена відповідною експертизою, та які підлягають державному обліку і особливому режиму зберігання. Щоб не допускати конкуренції загальної та спеціальної норми зазначимо що предметом складу злочину передбаченого частиною другою ст. 298-1 можуть бути лише унікальні документи національного архівного фонду .

*Підсумовуючи викладене вище зазначимо що доцільним є розширення предмету складу кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни за рахунок віднесення таких предметів до об'єктів культурної спадщини занесених до реєстру нерухомих пам'яток України та унікальних предметів національного архівного фонду.*

Окремі властивості предметів, яким заподіюється шкода внаслідок вчинення кримінального правопорушення передбаченого статтею 438 КК України, можуть бути використані для виділення кваліфікованих складів порушення законів та звичаїв війни. Також на наш погляд доцільним є віднесення до особливих предметів складу злочину порушення законів та звичаїв війни, такі споруди як атомні електростанції, теплові електростанції, дамби, водосховища, газорозподільні станції, газогони, нафтогони, нафтовидобувні установки, які відповідно до положень чинного законодавства наділені особливим режимом функціонуванням і їхнє руйнування може мати негативні наслідки для широкого кола населення держави. В літературі, присвяченій дослідженню питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни,

досить таки частим є ототожнення предмету порушення законів та звичаїв війни та засобів або знаряддя вчинення даного злочину. Такі погляди серед науковців на наш погляд є неправильними, оскільки засоби та знаряддя вчинення кримінального правопорушення не охоплюються поняттям об'єкту складу кримінального правопорушення, а належать до об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення.

Так, наприклад, під час аналізу положення ст. 439 Кримінального кодексу, застосування зброї масового знищення як засобу вчинення кримінального правопорушення є зовнішнім фактором який виражає суспільне небезпечне діяння, і відповідно передбачає суспільні відносини проти яких спрямовано спільно безпечне діяння. Саме за допомогою такого засобу здійснюється злочинне посягання або інші елементи складу кримінального правопорушення .

Під засобами вчинення кримінального правопорушення варто розуміти знаряддя вчинення кримінального правопорушення, якими виступають речі матеріального світу за допомогою яких суб'єкт злочину досягає або прагне досягнути злочинного результату. А сам предмет злочину піддається злочинному впливу, тому ототожнювати дані поняття на наш погляд є неприпустимим. в нашому дослідженні підтримуємо думку науковців, які зазначають що предмет складу злочину порушення законів та звичаїв війни є нерозривно пов'язаним з об'єктом складу кримінального правопорушення аналізованого нами суспільно-небезпечного діяння, і може відігравати активну роль в процесі розмежування різних форм вчинення організованого нами суспільно небезпечного діяння які передбачені в частині першій ст. 438 КК України .

Оскільки порушення законів та звичаїв війни, відповідно до КК України може вчинятися у різних формах, обов'язковою ознакою більшості форм порушення законів та звичаїв війни виступає наявність *спеціальних потерпілих*. Зазначимо, що в диспозиції ст. 438 КК України ідеться лише про два види потерпілих, зокрема про військовополонених і цивільне населення.

Встановлення інших категорій потерпілих від воєнних злочинів, а саме від порушення законів та звичаїв війни потрібно провести на підставі тлумачення положення ст. 438 КК України, а також окремих норм міжнародного гуманітарного права .

Так, зазначимо, що до потерпілих від суспільно небезпечного діяння яке передбачене ст. 438 КК України може бути виключно осіб, які перебувають під захистом норм міжнародного гуманітарного права. Визначенню даних категорій осіб, які потерпілими від порушення законів та звичаїв війни присвячені положення Женевської конвенції а також Додаткового протоколу №1 та Додаткового протоколу №2 до Женевської конвенції [85,86,94]. Таким чином до потерпілих від порушення законів та звичаїв війни доцільно відносити: поранених, хворих, військовополонених, осіб які потерпіли корабельні аварії, цивільних осіб, представників збройних сил, або збройних формувань що беруть безпосередню участь у бойових діях, які склали зброю або з іншої причини не мають можливості, способів та засобів для захисту і не перебувають під владою протилежної сторони конфлікту тобто не є військовополоненими [189, с.245].

Розглядаючи питання потерпілого від порушення законів та звичаїв війни доцільно провести його аналіз у контексті міжнародного збройного конфлікту. В розрізі міжнародного збройного конфлікту потерпілий, а також особи які вчиняються порушення міжнародного гуманітарного права в більшості випадків повинні належати до протилежних сторін збройного конфлікту. При цьому вирішальним моментом в такому випадку, є не громадянство потерпілого а лояльність до певної сторони конфлікту. Зазначимо що факт причетності особи до певної сторони конфлікту по суті втрапить своє значення в умовах, якщо ми будемо оцінювати порушення законів та звичаїв війни вчинене у збройних конфліктах не міжнародного характеру.

Норми міжнародного гуманітарного права виділяють різні групи потерпілих стосовно різних типів конфліктів тобто визначаються різні категорії захищених осіб. Так наприклад така категорія, як військовополонені наявна виключно у розрізі розгляду міжнародного збройного конфлікту. У випадку,

якщо потерпіла особа не входить до складу осіб які перебувають під захистом положень міжнародного гуманітарного права вчинені щодо таких осіб діяння не можна кваліфікувати відповідно за статтею 438 КК України але такі діяння за наявності достатніх для того підстав можуть бути кваліфіковані за іншими статтями КК України. Наприклад, так кваліфікуються випадки вчинення насильства членами збройних сил однієї зі сторін конфлікту, щодо цивільного населення яке належить до тієї ж самої сторони конфлікту (за ознакою відсутності спеціального потерпілого).

Зазначимо, що потерпілих від порушення законів та звичаїв війни потрібно розглядати в розрізі як і міжнародного збройного конфлікту так і збройного конфлікту не міжнародного характеру, а також окремо розглядається група потерпілих які виступають потерпілими від порушення законів та звичаїв війни як в контексті міжнародного збройного конфлікту так і збройного конфлікту не міжнародного характеру .

Таким чином, до потерпілих від порушення законів та звичаїв війни будуть належати:

- у контексті міжнародного збройного конфлікту - особи які перебувають під захистом відповідно до положень Женевської конвенції а також Додаткового протоколу №1 та Додаткового протоколу №2 до зазначеної конвенції, хворих, поранених, осіб які зазнали корабельної аварії, військовополонених, а також духовний персонал, медичний персонал і цивільних осіб.

- у розрізі збройного конфлікту не міжнародного характеру – особи, які перебувають під захистом відповідно до ст.3 Женевської конвенції, зокрема до таких осіб належать хворі, поранені особи, особи, які зазнали корабельної аварії а також особи які не беруть безпосередньої участі у бойових діях і перебувають під владою сторони конфлікту, а також особи які раніше брали участь у бойових діях на боці протилежної сторони конфлікту.

- у розрізі міжнародного збройного конфлікту а також збройного конфлікту не міжнародного характеру - представників збройних сил а також осіб

які беруть безпосередню участь у бойових діях, які з певних причин склали зброю або з інших причин не мають більше засобів захисту, (для прикладу до таких потерпілих можна віднести членів екіпажу корабля які внаслідок корабельної аварії залишилися без засобів ведення війни на рятувальних шлюпках і потребують допомоги, або ж особи які внаслідок аварії покинули літак на парашутах, та не мають засобів для захисту і були затримані) а також особи, які не перебувають під владою протилежної сторони конфлікту [103].

Таким чином, зазначимо що визначення ознак потерпілого від вчинення порушення законів та звичаїв війни має важливе значення для процесу кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни, а також оцінки суспільної небезпеки вчиненого діяння.

## **2.2.Об'єктивна сторона складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни»**

Будь-яке кримінальне правопорушення здійснює вплив на суспільство, що проявляється у зовнішній стороні злочину. Для того, щоб розглядати суспільно небезпечне діяння як злочин, необхідно, щоб діяння виражалось у зовнішньому світі і заподіявало шкоду інтересам суспільства і держави, або створювало загрозу заподіяння такої шкоди. Зовнішня сторона злочинного діяння виражається в об'єктивній стороні складу злочину. З огляду на це, об'єктивна сторона є обов'язковим елементом складу кожного злочину.

Встановлення ознак об'єктивної сторони складу злочину є важливим в процесі здійснення кримінально-правової кваліфікації, виступає важливим фактором в процесі притягнення особи до кримінальної відповідальності, а також є однією з ознак, за якою здійснюється розмежування складів злочинів. Дослідженням питання об'єктивної сторони складу злочину займалися такі провідні науковці, як А.А. Піонтковський, Л.Д. Гаухман, В.М. Кудрявцев, А.А. Музика, В.Я. Тацій та інші. В останні роки розвинулося багато нових підходів до визначення поняття об'єктивної сторони складу злочину та її складових ознак. Зовнішній вияв злочинного діяння має багатогранний характер, що зумовлює різноманітність підходів науковців до визначення поняття об'єктивної сторони складу злочину [133, с. 81].

На думку Ф.Г. Бурчака, об'єктивна сторона складу злочину - це сукупність передбачених в кримінальному законі ознак, за допомогою яких характеризується зовнішня сторона суспільно небезпечного діяння, і з погляду законодавця виступає необхідною і достатньою ознакою для притягнення винної у вчиненні злочину особи до кримінальної відповідальності. І.А. Грунтов визначав об'єктивну сторону, як сукупність передбачених КК України характерних ознак, які визначають зовнішню сторону кримінального правопорушення, що посягає на охоронювані законом України про кримінальну

відповідальність об'єкти, а також передбачає умови та обставини, за яких проявляється така поведінка [81].

Досить таки ґрунтовним виступає визначення об'єктивної сторони складу злочину, наведене професором В.М. Кудрявцевим. Професор зазначав, що об'єктивна сторона складу злочину – це зовнішній вияв суспільно небезпечного посягання на охоронювані законом України про кримінальну відповідальність об'єкт, що проявляється як вольова активна або пасивна поведінка, виражається в реальних умовах існування суспільства і проявляється в заподіянні шкоди об'єктові кримінально-правової охорони, або створює загрозу заподіяння шкоди такому об'єктові [46, с.214].

Різноманіття підходів до визначення поняття об'єктивної сторони складу злочину є ще одним фактором, який підтверджує важливість даного елемента складу злочину в системі кримінально-правової науки та практики. На основі аналізу даних концепцій можна сформулювати узагальнююче визначення об'єктивної сторони складу злочину, за яким об'єктивна сторона складу злочину - це один з системи елементів складу злочину, що виражається в сукупності конкретних ознак складу злочину, які чітко передбачені в законі України про кримінальну відповідальність, яка передбачає даний склад злочину.

Виховуючи конструкцію частини першої ст. 438 КК України з об'єктивної сторони аналізований нами склад злочину виступає злочином з формально-матеріальним, або так званим комбінованим складом злочину, а також варто зазначити що під час розгляду форм злочину порушення законів та звичаїв війни, злочинний результат не є обов'язковою ознакою більшості альтернативних дій основного складу злочину. Наслідки при вчиненні діянь передбачені частиною першою ст. 438 КК України можуть бути, але вони здебільшого не є включеними як обов'язкова ознака даного складу злочину.

На практиці досить таки важко провести точний аналіз наслідків порушення законів та звичаїв війни, а іноді оцінити наслідки вчинення такого злочину просто неможливо. Відповідно застосування засобів ведення війни, заборонених норм міжнародного права призводить до наслідків одразу, або може

створювати небезпеку заподіяння шкоди у майбутньому. Також досить таки частим виступають ситуації коли між суспільно небезпечним діянням та його наслідками повинен пройти певний проміжок часу [106].

Для оцінки окремих засобів ведення війни, заборонених нормами міжнародного гуманітарного права, наприклад таких як бактеріологічна зброя, характерним варто вважати тривалість дії засобу, а також характер такої дії а також варто досліджувати питання наявності так званого прихованого періоду дії, оскільки застосування бактеріологічної або хімічної зброї не завжди можливо виявити під час його вчинення. У випадку, наприклад зараження населення чумою, або іншими вірусами, відповідно визначення природи такого зараження у формі застосування біологічної зброї може тривати протягом довгого часу, а може і не бути виявлено зовсім, тому вважаємо за доцільне під час аналізу об'єктивної сторони складу злочину передбачено статтею 438 КК України дотримуватися позиції науковців, які визначають що вчиненням порушення законів та звичаїв війни є саме діяння, яке наділено небезпечними властивостями. Це підкреслює позицію згідно з якою основний склад злочину що нами розглядається сконструйований в положеннях КК України як формально-матеріальний, тому для наявності усіх ознак об'єктивної сторони необхідних до кваліфікацій спільно-небезпечного діяння його формальних деліктів закон визначає необхідне встановлення лише діяння [107].

До факультативних ознак об'єктивної сторони суспільно-небезпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни можна відносити суспільно-небезпечні наслідки, місце, час, знаряддя, засоби, обстановку вчинення кримінального правопорушення. А вже в ч.2 ст. 438 КК України, відповідне суспільно небезпечне діяння сконструйоване, як злочин з матеріальним складом і відповідно для наявності усіх ознак об'єктивної сторони вимагається встановлення не тільки суспільно-небезпечного діяння а й настання суспільно-небезпечних наслідків у вигляді смерті потерпілого. В такому випадку суспільно-небезпечні наслідки є обов'язковою ознакою складу кримінального правопорушення і їх встановлення є обов'язковим для кваліфікації суспільно-

небезпечного діяння за ч.2 ст. 438 КК України. У зв'язку з вказівкою на окремі факультативні ознаки безпосередньо у ст. 438 КК України, їх наявність є обов'язковою для кваліфікації діяння за аналізованою статтею. Наприклад розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни заборонених міжнародним правом передбачає, що у першому випадку такі розграбування національних цінностей вчиняється на окупованій території, тобто безпосередньо мова йде про таку ознаку об'єктивної сторони, як місце вчинення злочину, а відповідно в другому випадку мова йде про так само обов'язково ознаку об'єктивної сторони, а саме, засоби ведення війни, заборонені нормами міжнародного права або такі обов'язкові ознаки впливають із змісту певної форми вчинення порушення законів та звичаїв війни зокрема час війни [80, с.92-94].

Притягнення особи до кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни згідно з положенням КК України можливе тільки у випадку встановлення усіх необхідних обов'язкових ознак об'єктивної сторони складу аналізованого нами кримінального правопорушення.

Обов'язковою ознакою суспільно-небезпечного кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни визнається вчинення особою суспільно-небезпечного діяння, термін діяння в кримінальному праві України використовується у декількох значеннях, як синонім терміну злочин і як одна з ознак об'єктивної сторони складу злочину, яка характеризується у вчиненні особою дії, або утриманні від вчинення певних дій, тобто бездіяльності. Відповідно до положень кримінального права України підставою для притягнення особи до кримінальної відповідальності є вчинення такою особою суспільно-небезпечного діяння. Тобто діяння завжди виступає обов'язковою ознакою об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни. Варто також зазначити що для визначення характеристики злочинного діяння разом із поняттям дії або бездіяльність також застосовується поняття поведінка. Активно термін поведінка і посягання застосовується в кримінальних кодексах ФРН а також США. [208, с.25; 74, с.179]. Встановлення ознак об'єктивної сторони

складу злочину не становить собою проблеми коли законодавець в положеннях КК України, чітко окреслено що розуміти під вчиненням певного злочину. Оскільки у КК України, відсутнє чітке визначення поняття порушення законів та звичаїв війни, а також неповною мірою встановлення усі ознаки об'єктивної сторони даного злочину існує необхідність проводити аналіз ознак об'єктивної сторони даного суспільно-небезпечного діяння через призму властивостей об'єкту посягання. Представники кримінально-правової науки, серед яких Б.С. Никифоров підкреслювали, що збиток об'єкту, що охороняється кримінальним законом може бути заподіяний не будь-якими діями, а тільки діями характер яких визначається властивостями самого об'єкта суспільно-небезпечного посягання [167, с.137].

Варто зазначити що під час вчинення порушення законів та звичаїв війни дії можуть бути як простими так і складними, здійснюючи умисну дію у формі відповідних рухів дії тіла можна вести мову про акти цілеспрямованої поведінки людини при цьому, відповідні рухи тіла які складають з собою компоненти певної дії об'єднані метою в єдиний вольовий акт зовнішньої поведінки людини. Таким чином дія особи характеризується певною спрямованістю на настання суспільно-небезпечних наслідків суспільно-небезпечного діяння [167, с.137].

Розглядаючи та аналізуючи воєнні злочини, серед яких порушення законів та звичаїв війни необхідно відзначити масштабність та тривалість а також різнобічність таких діянь, варто відмітити що такі суспільно-небезпечні діяння, які охоплюють поняття воєнного злочину в більшості випадків охоплюються не епізодичними діями а системою дій певного роду діяльності [212, с.316]. Мова йде про підготовку агресії, політику терору, переслідування цивільного населення, вигнання цивільного населення тощо. Також варто відмітити, що порушення законів та звичаїв війни може вчинятися з використанням державних установ або державних органів [192, с.54].

Прикладом вчинення таких дій виступає аналіз під час Любецького процесу дій підсудних, які в свою чергу захопили німецьку державну адміністрацію і перетворили її в розбійницьку державу, підкоривши своїм

злочинним намірам усі виконавчі органи. При цьому в такій діяльності сприяли і активно надавали підтримку всі керівники різних установ і жодна з таких установ, які перебували на території Німеччини не хотіли ухилитися від вчинення злочинних дій, оскільки застосування вбивства населення у формі газових камер і знищення хворих виражалося як вираження вищої ідеї, режиму фашистської Німеччини, а цим режимом виступали і самі органи державної влади. В цьому випадку оцінці підлягають діяння усієї держави, оскільки держава виступає ззовні показником волі своїх органів і несе відповідальність за їхні дії.

Диспозиція ст. 438 КК України передбачає ряд суспільно-небезпечних альтернативних діянь серед яких жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів війни заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни що передбачені міжнародними договорами згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу на вчинення таких дій тощо. Під час аналізу даних форм вчинення порушення законів та звичаїв війни варто звернути увагу на те, що діяння виступає обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу злочину і полягає у вчиненні конкретних суспільно-небезпечних протиправних дій з вольовим характером. Діяння виступає конкретним актом поведінки людини які відбуваються в певній обстановці, місті, певному часі з певних обставин і проявляється у вчиненні конкретних дій або не утриманні від вчинення таких дій тобто у формі бездіяльності. Діяння завжди є наслідком пізнавальної діяльності людини і відображення у її свідомості об'єктивного світу та об'єктивної реальності, такі діяння завжди є вольовим що визначає те що людина діє з певною метою із певних мотивів[124, с.120; 191].

Обов'язковою ознакою діяння є його суспільна небезпечність. Суспільно-небезпечність діяння полягає в тому, що конкретне суспільне небезпечне діяння

заподіє або створює загрозу заподіяння істотної шкоди об'єкту кримінально-правової охорони.

Суспільна небезпечність виступає однією з ознак діяння, і полягає в тому, що конкретне суспільне небезпечне діяння особи заподіє шкоду об'єкту кримінально-правової охорони. Суспільна небезпека притаманна діянню, а також зумовлює необхідність його криміналізації тобто визнання його злочинності та караності відповідно до положення КК України [124, с.105].

Наступною ознакою суспільно-небезпечного діяння виступає його *протиправність*, положення КК України визначають, що злочином є тільки передбачене кримінальним законом діяння тобто дія або бездіяльність [74, с.186].

Певні особливості можна виділити під час оцінки протиправності суспільно небезпечного діяння, яке становить собою одну з форм порушення законів та звичаїв війни. А саме звернемо увагу на те що Нюрнберзький воєнний трибунал а також Комісія міжнародного права ООН у 1950 році визначили факт, згідно з якого, якщо внутрішнє право не передбачає покарання за діяння, що є злочином з точки зору міжнародного права то це не звільняє осіб які вчинили це діяння від відповідальності за нормами міжнародного права [157, с.122-127].

Під час Нюрнберзького та Токійського процесу захисниками неодноразово зверталася увага на необхідність звільнення від кримінальної відповідальності підсудних на підставі того, що згідно з національного кримінального права Німеччини не було передбачено відповідальність за діяння, які були вчинені особами які обвинувачувалися у вчиненні воєнних злочинів, такі заяви захисників були відхилені на основі того, що суд звернув увагу на те що під законами та звичаями війни міжнародне гуманітарне право розглядає не тільки писані закони, але й звичаї війни які відповідно можуть бути і не закріплені в нормах національного законодавства, але є загальноприйнятими для всієї міжнародної спільноти і потребують неухильного дотримання. Також зазначимо що з метою розуміння всіх ознак, передбачених законодавцем форм порушення законів та звичаїв війни необхідним є звернення до положень

міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. В такому випадку досить таки велика кількість науковців ведуть мову про подвійну протиправність, тобто діяння відповідно одночасно порушує як і норми національного законодавства так і норми міжнародного гуманітарного права і норми міжнародних договорів згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Оскільки порушення законів та звичаїв війни вчиняється як у формі дії так і у формі бездіяльності варто розглянути бездіяльність яка під час вчинення порушення законів та звичаїв війни може проявлятися як і у чистому вигляді, так і може бути змішаною [37, с. 256-258]. Зокрема бездіяльність виступає в більшості випадків у формі невиконання певного обов'язку або не вчинення певних дій, відповідно до правил ведення бойових дій. Бездіяльність наділена певними соціальними властивостями які притаманні і для дії, а саме суспільною небезпечністю, протиправністю і знову ж таки вона проявляється у конкретній протиправній поведінці, яка є свідомою вольовою та усвідомленою [92, с.130]. Розглядаючи питання про кримінальну відповідальність за бездіяльність, варто зазначити що обов'язок вчиняти певні необхідні дії передбачений відповідними нормами законодавства [138, с.96]. Наприклад під час вчинення жорстокого поводження з військовополоненими шляхом бездіяльності можна говорити про такі прояви бездіяльності, як ненадання військовополоненим медичної допомоги, продуктів харчування, тощо, що в свою чергу проявляється у бездіяльності яка покликана порушувати положення Женевських конвенцій які регулюють правила поводження з військовополоненими [133, с.152].

Додатковий протокол №1 до Женевської конвенції передбачає обов'язок кожної держави вимагати від військових командирів вчинення всіх необхідних дій, та застосування усіх необхідних засобів, з метою запобігання а також виявлення та припинення порушень законів та звичаїв війни під час конфліктів міжнародного та не міжнародного характеру їх підлеглих. Дотримання норм правил ведення збройних конфліктів є одним з найважливіших елементів військової дисципліни, а також виступає першоосновою принципу кримінальної

відповідальності керівників за дії підлеглих зокрема і за бездіяльність щодо попередження і зупинення порушників законів та звичаїв війни [97, с.255-256].

Таким чином можна вести мову про те, що за порушення законів та звичаїв війни, вчинені підлеглими, можуть частково або повністю підлягати відповідальності їхні командири, які мали обов'язок запобігти вчиненню таких дій, або не допустити настання їх суспільно-небезпечних наслідків. Проявом таких дій керівника держави або відповідного військового формування вступає не вжиття заходів для попередження вчинення його підлеглими військових злочинів або вже зупинення таких злочинів якщо вони вчиняються [195, с.250-255].

Одним з небагатьох прикладів судового розгляду злочинної бездіяльності командира, є справа колишнього командувача японської армії Китаю Мацау, якого було засуджено до страти за вчинення воєнних злочинів його підлеглими під час проведення бойових дій у грудні 1943 року, коли ними було вбито більше 200 000 переважно цивільних осіб. Незважаючи на те що особисто керівник не брав участі у вбивстві цивільного населення, а також не віддавав розпорядження щодо цього у вирокі суду було відзначено, що такий командир був наділений достатньою владою для того щоб встановити контроль над своїми підлеглими військовими і захистити мешканців міста на яке здійснювалося напад, відповідно такі дії були оцінені судом як обов'язок військового командира [168, с. 175-176].

Частина перша ст. 438 КК України передбачає бланкетну диспозицію, а саме поняття «інші порушення законів та звичаїв війни». Зазначимо що на наш погляд банкетність диспозиції ч.1 ст. 438 КК України є негативною практикою законодавчої техніки і стосується виключно частини діянь визначених в диспозиції основного складу злочину з метою з'ясування ознак яких необхідно звернутися до відповідних норм міжнародного гуманітарного права а також міжнародних договорів України.

Проблемним на практиці виступає застосування в даному випадку принципу законності який є одним з керівних основоположних принципів кримінального права України, а також одним з принципів врахованих під час

формування закону України про кримінальну відповідальність. Положення Конституції України також відстоюють принцип, відповідно до якого, ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення. Варто зазначити що перелік злочинних діянь які належать до форм порушення законів та звичаїв війни визначений у статуті Нюрнберзького воєнного трибуналу, Женевських конвенціях, зокрема, Про захист жертв війни від 1949 року, Додаткових протоколах до таких конвенцій від 1954 року, та інших міжнародних договорах України. Перелік таких діянь, які становлять собою форми порушення законів та звичаїв війни чітко не передбачений положеннями КК України, що відповідно може мати наслідком подальше ухвалення рішень суддів про притягнення осіб до кримінальної відповідальності у випадку вчинення ними порушення законів та звичаїв війни, у формах які передбачені не КК України а у інших міжнародних нормативно-правових актах згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Одним із способів вирішення даного питання виступає формування нормативно-правового акту, який передбачатиме відповідальність за вчинення саме воєнних злочинів. Існує розуміння про те що це досить таки тривалий процес але його необхідність підкреслюється подіями які станом на зараз тривають в Україні і подальшою необхідністю оцінки дій ворога, як порушення законів та звичаїв війни або інших воєнних злочинів [125].

Положення ч.1 ст. 438 КК України, в понятті порушення законів та звичаїв війни визначає родове діяння для групи суспільно небезпечних діянь які виступають формами порушення законів та звичаїв війни. Форми порушення законів та звичаїв війни наділені як і загальними, тобто притаманними для всіх форм ознаками спільно безпечного діяння, так і особливими ознаками, які дозволяють розмежувати їх, під час оцінки суспільно небезпечного діяння вчиненого суб'єктом злочину і можуть застосовуватися під час кваліфікації дій особи та визначенні ступеня тяжкості вчинення суспільно-небезпечного діяння. Відзначимо, що аналізуючи ч.1 ст. 438 КК України, а також норми міжнародного гуманітарного права, покликані врегулювати відповідальність за

порушення законів та звичаїв війни, діяння які є обов'язковою ознакою аналізовано складу злочину у більшості випадків вчиняється у формі дії, тобто свідомої вольової поведінки особи, яка існує як самостійна єдність і соціально-правове явище і завжди включає в себе відповідний спосіб її виконання, який характеризує дію з точки зору певного порядку а також передбачає послідовність методів рухів і прийомів, які застосовуються особою, для вчинення суспільно-небезпечного діяння і виступає однією з найважливіших ознак що утворюють зміст порушення законів та звичаїв війни. Практика говорить, що немає жодного складу злочину без його особливого способу вчинення. П.С. Матишевський, зазначав, що з метою притягнення особи до кримінальної відповідальності потрібно встановити не лише характерний для цього складу правопорушення спосіб вчинення діяння але й те що злочинні наслідки настали саме через дії вчинені таким способом. Професор підкреслює, що спосіб вчинення кримінального правопорушення має істотне значення для правильної кваліфікації злочину і підсумовуючи думку вчених зазначимо, що важливість визначення способів вчинення злочину підтримується переважною більшістю криміналістів [152, с. 121]. Важливість способу вчинення злочину підтримується переважною більшістю криміналістів [126, с.60-61].

Частина перша ст. 438 КК України передбачає наступні форми вчинення порушення законів та звичаїв війни, а саме: жорстоке поводження з військовополоненими, жорстоке поводження з цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів війни заборонених нормами міжнародного права, інші порушення законів та звичаїв війни що передбачені міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, віддання наказу, про вчинення таких дій. Переходячи до розгляду питання форми вчинення порушення законів та звичаїв війни пропонуємо розглянути питання форми конкретних злочинів, під яким розуміється визначення основних ознак порушення законів та звичаїв війни, у статті кримінального закону, а саме в диспозиції норми особливої частини КК

України, або відповідній міжнародно-правовій нормі. Форми вчинення порушення законів та звичаїв війни, передбачені в диспозиції ст. 438 КК України, і виходячи з формулювання тексту даної статті, форми вчинення порушення законів та звичаїв війни також можуть бути передбачені конкретними актами міжнародного права, а також міжнародними договорами згадано обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Розглядаючи питання змісту конкретного складу кримінального правопорушення, варто зазначити, що під змістом розуміють сукупність загальних ознак зазначених у диспозиції аналізованої статті КК України. Під видом конкретного складу злочину прийнято розуміти прояви однієї і тієї ж форми конкретного кримінального правопорушення які залежать від наявності або відсутності у тій чи іншій статті особливої частини КК України обставин які пом'якшують або обтяжують покарання за вчинення такого суспільно-небезпечного діяння. Стаття 438 КК України встановлює два види жорстокого поводження з військовополоненими, перший вид - це простий вид жорстокого поводження а саме жорстоке поводження з військовополоненими без обтяжуючих обставин, другий вид відповідно кваліфікований склад злочину порушення законів та звичаїв війни, тобто жорстоке поводження з військовополоненими з обтяжуючими обставинами, у результаті чого настала смерть потерпілого, тобто поєднане з вбивством військовополоненого [16, 14].

Пропонуємо перейти до аналізу основних форм вчинення порушення законів та звичаїв війни які розглянуті в диспозиції ст. 438 КК України.

Першою формою вчинення порушення законів та звичаїв війни, яку законодавець наводить ст. 438 КК України варто вважати **жорстоке поводження з військовополоненими**. Питанню правил поводження з військовополоненими присвячена третя Женевська конвенція, яка чітко регулює статус військовополонених, а також цивільного населення під час збройних конфліктів. Зокрема Женевська конвенція передбачає, що статусом військовополоненого можуть бути наділені лише особи, які потрапили під владу протилежної сторони збройного конфлікту, і належать до сторони особового складу збройних сил

сторони, що знаходиться в конфлікті, за певних умов особи зі складу загонів добровольців рухів опору, народного ополчення, екіпажів торговельного флоту, а також населення окупованих територій. Відповідно до положень Женевської конвенції, військовополонені перебувають повністю під владою держави, яка захопила їх у полон, а не окремих осіб або військових частин і не можуть прирівнюватися до власності. Положення норм міжнародного гуманітарного права чітко забороняє притягнення військовополонених до кримінальної або інших видів відповідальності, або застосування стосовно них судового переслідування виключно за те що такі особи брали участь як комбатанти або некомбатанти у воєнних діях. Женевська конвенція передбачає встановлення так званого режиму воєнного полону. Передбачається, що під час дії режиму воєнного полону стосовно комбатантів або некомбатантів встановлюється основна мета держави під владою якої перебувають військовополонені, а саме забезпечити захист життя військовополоненого і захист його елементарних людських прав, честі та гідності. Стосовно військовополоненого забороняється застосовувати обмеження його свободи які можуть бути пов'язані з катуваннями. Варто також зазначити, що жорстоке поводження з військовополоненими належить до серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права, та, зокрема Женевської конвенції 1949 року [33, с.27].

Проблемним на практиці для кваліфікації діяння, як жорстоке поводження з військовополоненими виступає те, що положення КК України не визначає поняття що ж саме розуміти під поняттям «жорстоке поводження». Варто також зазначити, що зазначене поняття жорстокого поводження відсутнє і в нормах міжнародного права. В даному випадку мова йде про так звані оціночні поняття, а саме поняття зміст яких уточнюється у процесі застосування певних норм шляхом оцінки конкретних обставин справи, з метою оцінки суспільно-небезпечного діяння вчиненого суб'єктом злочину. Стосовно ролі оціночних понять в процесі кримінально-правової кваліфікації думки науковців діляться на дві точки зору. [170, с.37]. Зокрема одні науковці дотримуються принципу, згідно з якого положення кримінального права повинні бути чітко

визначеними і забороняється будь-яке розширювальне тлумачення положень КК України, інші науковці вважають що оціночні поняття дають кримінальному праву якості гнучкості, повноти і динамічності, що відповідно вважається позитивною властивістю законодавства. Негативним явищем застосування оціночних понять кримінальному праві виступає все ж наявність суб'єктивних моментів під час оцінки суспільно-небезпечних діянь, а також їхніх наслідків, зокрема під час такої оцінки можливі судові та слідчі помилки які в подальшому негативно впливають на процес кримінально-правової оцінки діяння [8].

Для визначення поняття «жорстоке поводження» спробуємо розглянути етимологію поняття «жорстокий» яке згідно з тлумачних словників означає безсердечний, безжалісний, лютий, жахливий, тяжкий, а також такий що перевищує звичайно норму ступінь чого-небудь. Розглядаючи значення слова «поводження» або «поведінка» можна відзначити що слово «поводження» означає перш за все поведінку, спосіб або характер поведінки, манери, по-друге слово поводження означає обходження з ким-небудь, ставлення до когось, спосіб чи характер застосування чого-небудь [170, с.112; 210]. Таким чином, провівши аналіз етимології слів «жорстокість» а також словосполучення «жорстоке поводження» можна зазначити що під жорстоким поводженням варто розуміти безжалісну поведінку що перевищує звичайні норми, та правила поведінки з людьми.

Поняття «жорстоке поводження» вперше на теренах України було вжито в Уложені 1845 року і застосовувалася для характеристики об'єктивної сторони жорстокого поводження подружжя один з одним. На основі судової практики можна зазначити що крім каліцтва, ран, побоїв до жорстокого поводження також відносили одноразове побиття різками, багаторазове нанесення побоїв, інших катувань або знущань [6].

Європейська конвенція з прав людини та основоположних свобод визначає жорстоке поводження, як родове поняття щодо катування, не людського поводження, приниження гідності. Даного положення дотримується також Уповноважений у справах дотримання Конвенції про захист прав людини

та основоположних свобод [142, с.11-15]. Згідно з конвенцією ООН Проти катування та інших жорстоких, не людських, або таких що принижують людську гідність принципів поводження і покарання, навіть вчинення одиничного факту катування підлягає під визначення жорстокого поводження а також злочинних дій. Відповідно положення Конституції України, людина її життя та гідність, недоторканість та безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю, ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому що принижує гідність поводженню чи покаранню [142, с.5-9].

В доктрині кримінального права України відсутнє чітке визначення поняття жорстокого поводження. Можна виділити декілька груп вчених які поділяють різні погляди на визначення даного поняття [5]. Так перша група вчених під визначення поняття жорстокого поводження розуміє побої, учення знущання які завдаються постійно або протягом довготривалого часу, можуть переростати у важкі посягання проти здоров'я, і супроводжуються постійною владою злочинця над потерпілим [218, с.82]. Друга група науковців, серед яких В.П. Малков під жорстоким поводженням військовополоненими розглядає будь-який протиправний незаконний акт, тобто дію або бездіяльність з боку компетентних осіб держави, які тримають її у полоні, що може призвести до смерті військовополоненого або завдання шкоди його здоров'ю [119]. Третя група науковців передбачає, що жорстоке поводження з військово-полоненими може полягати у каліцтві, тортурах, мордуванні, вбивствах, медичних експериментах, тілесному або колективному покаранні, каторжних роботах нарузі над людською гідністю тощо. В.П. Яценко під жорстоким поводженням, пропонує розглядати вчинення щодо осіб дій, які супроводжуються насильством приниженням їх честі гідності та ділової репутації. Окремо уваги заслуговує видання підготовлене міжнародним комітетом Червоного Хреста, в якому жорстоке поводження тлумачиться як вживання будь-яких заходів які можуть призвести або призводять до фізичного страждання або знищення осіб які знаходяться під захистом. Серед таких осіб які знаходяться під захистом варто

виділити військовополонених, які розглядаються в контексті аналізованого нами складу злочину [163, с.907-908].

Підсумовуючи проаналізовані нами концепції визначення поняття «жорстокого поводження» варто зазначити, що під жорстоким поводженням доцільно розуміти безжалісні діяння що завдають потерпілому фізичні, психологічні страждання і полягають у вчиненні мордування, заподіяння тілесних ушкоджень, побоїв, позбавлення коштів для існування, житла, їжі, одягу а також знищення житла, необґрунтовані стягнення, несправедливе позбавлення заохочень, різного роду знущання. Варто відмітити що на думку В.В. Сташиса, питання жорстокості не є медичним критерієм [140, с.49] , а виступає психологічним критерієм, тобто встановлення «жорстокого поводження» не належить до комплексної судово-медичної експертизи, це питання повинно вирішуватися слідчими досудовими органами в процесі проведення розслідування справи, про порушення законів та звичаїв війни у формі жорстокого поводження з військовополоненими [122, с.48].

Відмітимо що під час збройних конфліктів питання жорстокості та жорстоке поводження може бути скерованим не тільки стосовно конкретних осіб, а й стосовно конкретних соціальних груп, націй, національностей або національних меншин. Жорстоке поводження носить організаційний характер і нерідко вчиняється із застосуванням зброї стосовно військовополонених або цивільного населення. Жорстоке поводження виступає родовим поняттям, яке охоплює ряд суспільно-небезпечних діянь серед яких тілесні покарання, медичні експерименти, тортури, вбивство, видалення тканин чи органів для трансплантації тощо. Велика увага приділялася жорстокому поводженню з військовополоненими під час Другої світової війни, а саме акцентувалася увага на жорстокому поводженні з радянськими військовими полоненими під час їхнього перебування у полоні в Німеччині. Варто відзначити що жорстоке поводження з військовополоненими може характеризуватися як і фізичним так і психологічним впливом на людину. Під час оцінки жорстокого поводження пов'язаного фізичним впливом на особу потрібно провести детальний аналіз

суспільно-небезпечного діяння та суспільно небезпечних наслідків а також причиново-наслідкового зв'язку. На основі положень кримінального права України можна зазначити, що кримінальна відповідальність за злочинну діяльність настає лише за умови якщо було покладено обов'язок вчинити певні дії або особа мала реально можливість у певній конкретній ситуації вчинити відповідні активні дії з метою запобігти заподіяння суспільно-небезпечних наслідків, проте не зробила цього. Підкреслимо, що жорстоке поводження з військовополоненими може бути здійснено як і шляхом активної суспільно-небезпечний протиправної дії суб'єкта злочину, так і шляхом злочинної бездіяльності, тобто свідомого ухилення від вчинення певних дій. Так аналізуючи дане твердження через призму жорстокого поводження з військовополоненими можна виділити два види такого жорстокого поводження, а саме: погане поводження з полоненими яке здійснюються неодноразово, супроводжується особливою жорстокістю або направлено проти хворих та поранених або халатне виконання обов'язків щодо хворих поранених з боку осіб на яких покладено їх лікування та медичний догляд, відповідальність за жорстоке поводження з військовополоненими передбачається ч.1 ст. 438 КК України і відповідно утворює собою закінчений склад злочину. Кримінальний кодекс України передбачає кваліфікований вид жорстоко поводження з військовополоненими, знову ж таки якщо таке діяння поєднане із умисним вбивством.

Одним з прикладів жорстокого поводження з військовополоненими, а також цивільним населенням, в контексті збройного конфлікту Російської Федерації та України можна вважати події, які відбувалися в березні 2002 року, а саме, дії військовослужбовців збройних сил Російської Федерації які протягом періоду перебування в с. Богданівка, Броварського району взяли в полон одного з бійців територіальної оборони зазначеного села, одягнули його в наручники а також помістили до підвального приміщення, де в свою чергу проводився допит і застосуванням фізичного насильства, залякування а також приниження. В даному випадку, згідно з матеріалів кримінального провадження приниження

проявлялося у заподіянні ударів прикладом автомата, наступанні ногами на кінцівки, а також погрозами застосування вогнепальної зброї. Під час такого катування чоловіка залишили в підвалі без їжі, та з мінімальною кількістю рідини для пиття на декілька днів. Після перебування зазначеною особою у підвалі протягом декількох днів військовослужбовці збройних сил Російської Федерації привели його до центральної площі с. Богданівка, де у присутності мирних мешканців завдавали побоїв, представляли до голови пістолет а також здійснювали постріли в повітря. Крім зазначених дій військовослужбовець збройних сил держави-агресора завдав тілесних ушкоджень настоятелю храму села Богданівка а також наказав священнослужителю зняти з себе одяг, одягнув священнослужителю шапку на голову, таким чином щоб вона закривала очі, і за допомогою липкої стрічки зав'язав руки за спиною та незаконно допитував [161].

Наступним видом порушення законів та звичаїв війни, передбаченим положенням чинного КК України, є **жорстоке поводження із цивільним населенням**. Незважаючи на те що активними учасниками бойових дій виступають комбатанти та некомбатанти практика свідчить про те, що цивільне населення страждає від збройного конфлікту найбільше. Розглядаючи конфлікти в Ірані, Іраці та ближньому сході а також збройну агресію Російської Федерації на території України, можна спостерігати ситуацію збільшення втрат серед цивільного населення під час збройних конфліктів. Таким чином можна зазначити, що цивільному населенню шкода внаслідок вчинення порушення законів та звичаїв війни завдається на рівні із комбатантами та некомбатантами, а у деяких випадках навіть не співмірно більше. [220, с.18-21]. Згідно з положень Женевської конвенції а також Додаткового протоколу до неї *під «цивільним населенням» доцільно розуміти осіб, які знаходяться у випадку збройного конфлікту або під час окупації, під владою держави громадянами якої вони не є* [97, с.150-151]. Відповідно до Додаткового протоколу до Женевської конвенції, до цивільного населення включають усі осіб які є цивільними, тобто відповідно виключаються військові, комбатанти та некомбатанти. Практика Міжнародного

Кримінального Суду свідчить про те, що у випадку наявності сумнівів стосовно того чи є особа цивільною чи не є нею, відповідно зазначається, що усі сумніви трактуються на користь такої особи і вона вважається цивільною особою. [85,86,87,88].

Положення законодавства які покликані захистити цивільне населення під час збройного конфлікту розповсюджуються також і на громадян держав, що не беруть участь у збройному конфлікті, а також інших держав але їхні громадяни перебувають на території держав яких відбувається збройний конфлікт або ведуться бойові дії [86,]. Відповідно до положення Конвенції Про охорону персоналу ООН та зв'язаного з нею персоналу від 9 грудня 1994 року особи у складі сил ООН які беруть активну участь під час проведення операції, щодо підтримки миру користуються такою ж недоторканістю що й цивільні особи. Так само як і цивільні особи, відповідно до Додаткового протоколу №1 до Женевської конвенції розглядається також журналісти які виконують професійні завдання в районі проведення бойових дій [26]. Визначення поняття цивільної особи близьке до визначення поняття некомбатант, але його треба відрізнити від випадків коли комбатанти перебувають серед цивільного населення і залишаються об'єктами нападу. Відповідно до аналізованого нормативно-правового акту, цивільне населення а також окремі цивільні особи не можуть бути об'єктом нападу також заборонено проводити акти насильства або погрози насильством, які наділені основною метою - залякати цивільне населення. Під час розгляду справи стосовно колишньої Югославії щодо бомбардування міста Загреб було виявлено, що норми, відповідно до яких цивільне населення в цілому а також окремі цивільні особи не повинні бути піддані нападам, тортурам, або знову ж таки терористичним актам є основоположним принципом міжнародного гуманітарного права які застосовуються у всіх збройних конфліктах на території усього світу. Положення норм міжнародного гуманітарного права передбачають заборону нападів на цивільне населення або на окремих цивільних осіб у порядку репресій, а також передбачають заборону нападів невибіркового характеру. Жорстоке поводження з цивільним населенням може бути поєднане як з

фізичним так і з психологічним впливом на людей. [122, с.271]. Серед принципів міжнародного гуманітарного права, які покликані регулювати проведення збройних конфліктів відповідно до закріплених правил та звичаїв ведення бойових дій, визначено принцип захисту цивільного населення згідно з якого у випадку проведення збройного конфлікту, сторони зобов'язані обирати способи та засоби ведення війни, які не є «необережними» з метою уникнення заподіяння шкоди цивільному населенню яке не бере участь у збройному конфлікті відповідно до Додаткового протоколу №1 до Женевської конвенції, сторони учасники збройного конфлікту зобов'язані проводити чутки розмежування цивільного населення а також комбатантів та некомбатантів чітко відмежовувати цивільні об'єкти інфраструктури від воєнних об'єктів а також спрямовувати свої дії виключно проти воєнних об'єктів [85]. Це підтверджує принцип міжнародного гуманітарного права, згідно з якого бойові дії можуть бути спрямовані виключно на виснаження військової потужності противника з метою його капітуляції, і в жодному випадку не повинні бути поєднані з заподіянням шкоди, вбивств руйнування об'єктів інфраструктури, а також жорстокого поводження з цивільним населенням. Нормами міжнародного гуманітарного права передбачено надання двох різновидів захисту цивільному населенню. *Загальний правовий захист* цивільного населення надається незалежно від віку, статі національної, расової, або релігійної приналежності, політичних поглядів переконань та іншого, відповідно *спеціальний правовий захист* надається окремим категоріям цивільних осіб. У випадку застосування загального захисту цивільного населення та окремих цивільних осіб, передбачається, що ці особи у жодному випадку не можуть бути піддані жорстокому поводженню і за ними зберігається право на гуманне поводження повага до їхньої особистості, честі гідності, недоторканості та безпеки, забезпечення сімейних прав, релігійних переконань, звичок та звичаїв. Спеціальний захист цивільного населення, в свою чергу пов'язаний із підвищеною вразливістю певних категорій населення, зокрема він стосується дітей, жінок, хворих, інвалідів або їх особливим значення

у наданні допомоги цивільному населенню під час бойових дій, тобто мова йде про медичний персонал організації цивільної оборони і так далі [115; 116, 117].

*Підсумовуючи дане дослідження питання жорстокого поводження з цивільним населенням можна зазначити що стаття 438 КК України може бути доповнена кваліфікуючою ознакою вчинення порушення законів та звичаїв війни, а саме жорстокого поводження стосовно поранених і хворих, стосовно вагітних жінок, або жорстоке поводження стосовно матері яка має дитину до досягнення нею 14 років, а також окремо варто виділити жорстоке поводження щодо новонародженої дитини.*

Окрему увагу приділяють захисту цивільного населення з боку сторін які беруть участь у збройному конфлікті, покладаючи на такі сторони обов'язок вживати всіх заходів стосовно запобігання заподіяння шкоди іноземцям, які перебувають на території держав які беруть участь у збройному конфлікті. Відповідно до Женевської конвенції, забороняється завдання таким іноземцям будь-яких фізичних страждань, або їхнє знищення (ст. 37,38 ЖК-IV) [94].

Питання про відповідальність за жорстоке поводження з цивільним населенням передбачається також під час розгляду питання співрозмірності отриманої воєнної переваги у співвідношенні до збитків нанесених цивільним особам. На наш погляд критерій співрозмірності носить досить таки довільний та оціночний характер. Аналізуючи практику міжнародних збройних конфліктів, а саме наприклад, атомні бомбардування Хіросіми та Нагасакі в серпні 1945 року не можна визначити співрозмірність завданої шкоди, також аналогічне питання виникає щодо воєнної операції у лютому 1945 році в місті Дрезден, де в результаті проведених англійцями бомбардувань загинуло близько 100 000 цивільних осіб [7, р.623].

Проведене дослідження поняття жорстокого поводження з цивільним населенням дає можливість сформулювати висновок, що жорстоке поводження розглядається, як родове поняття і охоплює альтернативні злочинні діяння відповідно, кожне з таких діянь утворює самостійний закінчений склад злочину передбачений статтею 438 КК України. Так питанням жорстоке поводження із

цивільним населенням на наш погляд охоплюється ряд суспільно-небезпечних діянь, а саме: колективні покарання, катування, мордування, проведення медичних дослідів, проведення біологічних експериментів, заподіяння тяжких страждань, заподіяння каліцтва, спричинення шкоди здоров'ю, арешт особи, взяття особи в заручники, незаконне руйнування майна особи, знищення житла особи, привласнення майна, яке належить цивільному населенню, видалення тканин або органів для трансплантації, перетворення цивільного населення на об'єкт нападу, здійснення нападу вибіркового характеру, внаслідок якого заподіюється шкода цивільному населенню на установи або споруди, примушування цивільного населення до рабської праці, вчинення дій які наражають населення на голод, умисне створення перешкод з метою недопущення надання допомоги цивільному населенню, використання цивільного населення в якості живого щита з метою захисту об'єктів військової інфраструктури, та інші суспільно небезпечні діяння, які відповідно можуть охоплюватися складом жорстоке поводження з цивільним населенням [163, с.788].

Приклад зазначеної форми порушення законів та звичаїв війни можна простежити в Ухвалі слідчого судді Деснянського районного суду міста Чернігова від 22 липня 2022 року, у справі № 750/345-2/22. Зокрема згідно з аналізу матеріалів даної справи можна зазначити, що 3 березня 2022 року військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 5, який разом з іншими військовослужбовцями збройних сил Російської федерації у вечірній час, а саме після настання 18:00, незаконно проник до приватного домоволодіння, після чого погрожуючи застосуванням вогнепальної зброї а також насильства вивів з підвального приміщення на вулицю ОСОБУ 6, ОСОБУ 7 та ОСОБУ 8, а також неповнолітню ОСОБУ 9. Військовослужбовець наказав зазначеним особам лягти на землю обличчям вниз. Зазначених осіб було піддано не законному обшуку, під час проведення якого, в ОСОБИ 6 знайшли мобільний телефон, за результатом чого йому завдали численних ударів, зняли верхній одяг, а також провели перевірку тіла на наявність татуювань. Після заподіяння побоїв

ОСОБА 6 під, погрозою застосування вогнепальної зброї вказав місце де зберігалася рушниця, після чого отримав удар прикладом автомата в ділянку грудної клітини. Після таких дій усіх осіб було незаконно поміщено підвальне приміщення де продовжувалося їх незаконне утримування. ОСОБА 5 разом з іншими військовослужбовцями збройних сил Російської Федерації здійснили незаконне проникнення до іншого приватного господарства де під погрозою застосування зброї вивели з підвального приміщення цивільних осіб серед яких повнолітні, ОСОБА 12 та ОСОБА 13 та неповнолітні ОСОБА 14, ОСОБА 15, ОСОБА 16, ОСОБА 17, ОСОБА 18, ОСОБА 19, ОСОБА 20, ОСОБА 21, ОСОБА 22. Із застосування погрози вогнепальною зброєю змусили ОСОБУ 21 роздягнутися на подвір'ї за температури повітря яка була нижчою від 0°, у присутності інших людей, з метою перевірки тіла особи на наявність татуювань, що виступає образливим ставленням до потерпілого а також приниженням його честі та гідності [Ухвалі слідчого судді Деснянського районного суду міста Чернігова від 22 липня 2022 року, у справі № 750/345-2/22.] [214]..

Оскільки норми міжнародного гуманітарного права передбачають по суті два різновиди захисту цивільного населення, а саме загальний та спеціальний захист, варто відмітити, що положення національного законодавства такого поділу не передбачають, тому *вважаємо за доцільне доповнення диспозиції складу кримінального правопорушення, яке передбачене статтею 438 КК України рядом суспільно-небезпечних діянь серед яких набір дітей до складу збройних сил або угруповань які використовуються для участі в бойових діях а також невиправдане затримання ненадання допомоги цивільному населенню.*

Однією з форм порушення законів та звичаїв війни, яка також стосується цивільного населення і відповідно до якої потерпілим від вчинення порушення законів та звичаїв війни виступає саме цивільне населення варто вважати **вигнання цивільного населення для примусових робіт.**

Для аналізу питання що ж саме розуміти під вигнанням цивільного населення варто звернутися до етимології поняття вигнання. Отже, що ж саме розуміти під словом «вигнання», «вигнанець» відповідно до Великого

тлумачного словника української мови вигнанець - це особа яка вигнана з певної місцевості або території [48]. Дослідження потребує етимологія слова «примушування» зокрема, коли ми розглядаємо питання примушування до чогось до вчинення певних дій, ми розглядаємо його з двох точок зору, а саме вимагання когось-небудь для виконання певних дій незалежно від його волі, бажання своїми діями вчинками викликати певні дії, стан або ставлення до чогось. Під примусом з точки зору психологічної науки варто розглядати натиск у формі примушування до вчинення або примушення до утримання від вчинення певних дій. Звертаємо увагу на те що дані поняття та терміни у розрізі питання воєнних злочинів мають специфічний характер та ознаки, тому, під поняттям вигнання цивільного населення доцільно розуміти, залучення цивільного населення до зведення оборонних споруд, розчищення шляхів, розмінування та інших дій, з можливістю застосування репресивних заходів. [48, с.712].

На наш погляд вигнання цивільного населення для певних робіт варто розцінювати, як суспільно-небезпечне діяння, яке характеризується вчиненням декількох дій а саме:

по-перше переміщення потерпілих з місця їх постійного або тимчасового перебування в іншу місцевість;

по-друге, примушування потерпілих виконувати роботи незалежно від їхньої волі та бажання [163, с.908].

Вигнання цивільного населення і примушування його до вчинення певних дій передбачає вчинення активних дій з боку особи, яка визнається суб'єктом вчинюваного злочину як правило такі дії вчиняються відкритим способом і супроводжуються застосуванням фізичного або психологічного насильства. На наш погляд, вчиняти даний злочин шляхом бездіяльності фактично неможливо. Аналізуючи сутність даного суспільно-небезпечного діяння можемо зазначити що він характеризується формальним складом. Відповідальність настає у випадку вчинення вигнання цивільного населення і примушування його до певного виду робіт. Аналізуючи норми міжнародного гуманітарного права а також практику Нюрнберзького та Токійського воєнних трибуналів можна

зазначити, що наслідки при вчиненні даного суспільно-небезпечного діяння можуть бути масштабними і всебічними внаслідок чого об'єктивна сторона даного суспільно-небезпечного діяння може характеризуватися рядом інших ознак, які враховуються під час кваліфікації а також при ухваленні вироку у аналізованих справах [17]. Оскільки практика залучення цивільного населення, яке опинилося під владою воюючої сторони яка окупувала певну територію держави супротивника, до примусових робіт виступає неодноразовим проявом на геополітичній арені, положення міжнародного гуманітарного права покликані регулювати залучення осіб до примусових робіт. Так відповідно до Женевської конвенції, держава окупант може направляти на промислові роботи тільки осіб, яким на момент направлення на такі роботи виповнилося 18 років, а також вони можуть направлятися тільки на роботи, що пов'язані з комунальними підприємствами, харчуванням, одягом, транспортом, та здоров'ям населення, зайнятої місцевості. Таких осіб заборонено залучати до будь-яких робіт, що змушують їх брати участь у воєнних операціях, або залучати до організацій які покликані вести бойові дії і мають воєнний або напів-воєнний характер. Таким чином положення Женевської конвенції прямо передбачають можливість все ж застосування трудової повинності до населення, яке перебуває на окупованих територіях але в свою чергу забезпечують мінімальні права та гарантії особистих свобод такому населенню, забороняючи участь цивільних осіб у діях спрямованих проти власної країни [36,с.14-15].

Варто також розглянути випадки депортації цивільного населення за межі країни, яка є стороною бойових дій, або за межі окупованих територій на території держави противника. Розглядаючи воєнні конфлікти Першої та Другої світової війни, а також відповідно практику бойових дій на території України вважаємо, що положення ст. 438 КК України можуть бути розширеними та доповненими за рахунок включення до складу суспільно-небезпечних діянь, які розуміються під порушенням законів та звичаїв війни такого суспільно-небезпечного діяння як депортація або незаконне переміщення цивільного населення. Факти того, що дані суспільно-небезпечні діяння були активною

практикою, під час міжнародних збройних конфліктів Першої та Другої світової війни на наш погляд створюють необхідність криміналізації даного суспільно-небезпечного діяння а також віднесення депортації цивільного населення до серйозних порушень норм міжнародного гуманітарного права з метою уникнення можливості повторення таких суспільно-небезпечних діянь під час міжнародних збройних конфліктів які відбуваються зараз і в майбутньому.

Розглядаючи питання вигнання цивільного населення для примусових робіт, варто також звертати увагу на мету такого вигнання, а саме залучення до примусових робіт. Практика Першої та Другої світової війни зазначає, що в більшості випадків вигнання цивільного населення до примусових робіт, а також їх переміщення на інші території з метою залучення до примусових робіт було пов'язане з проведенням етнічних чисток а також геноцидом населення однієї держави над іншою, що визнається серйозним порушенням норм міжнародного гуманітарного права [21, р.387-391]. Дане питання досить-таки часто обговорюється на засіданнях Ради Безпеки ООН, яка засуджує практику етнічних чисток а також передбачає повернення біженців на свої законні землі з метою відновлення порушених прав людей, як представників цивільного населення які постраждали внаслідок міжнародних збройних конфліктів. Найвідомішим прикладом вчинення даного злочину виступає, злочин який був вчинений державою Ірак під час війни у Кувейті, а саме вчинення дій пов'язаних з депортацією на всю територію частини цивільного населення окупованої території і переміщення на окуповану територію частину свого населення [20]. ООН також глибоко засуджує практику проведення етнічних чисток. Поняття депортації цивільного населення включено до суспільно-небезпечних діянь, які визнаються військовими злочинами більшості країн сучасного світу, серед яких США, ФРН, та інші країни. Прикладом судової практики розгляду питання про відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі вигнання цивільного населення для примусових робіт є Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 18 травня 2020 року, відповідно до якого учасники незаконних збройних формувань які діяли на території міста

Лисичанськ Луганської області, а саме ОСОБА 1, ОСОБА2, ОСОБА 3, та ОСОБА, 4 з середини травня 2014 року до 20 липня 2014 року умисно за попередньою змовою придушуючи супротив незаконно позбавлених волі цивільних осіб, а саме ОСОБИ 5, ОСОБИ 6, ОСОБИ 7 ОСОБИ , ОСОБИ 8, ОСОБИ 9, ОСОБИ 10, шляхом завдання їм побоїв а також тілесних ушкоджень, залякування з використанням зброї, неодноразово вивозили їх на територію блокпосту, де примушували здійснювати безоплатно роботи з облаштування та побудови захисних споруд, що проявлялося у копанні траншей окопів складання захисних барикад тощо а також носіння мішків з піском інших важких предметів .

Окремо доцільно розглянути питання *евакуації цивільного населення будь-якого окупованого району*. Відповідно до Резолюції Генеральної Асамблеї ООН, будь-яка держава наділена правом провести евакуацію цивільного населення, якщо цього вимагає питання забезпечення безпека населення. Відповідно під час такої евакуації особи які перебувають під захистом можуть бути переміщені виключно всередину окупованої території за винятком випадків, якщо це неможливо практично. Населення яке зазнало евакуації повинно бути повернуто назад до своїх будинків негайно після закінчення проведення військових операцій і їм повинен бути забезпечений рівень їх постійного проживання.

Положення чинного КК України передбачають як кваліфікований вид порушення законів та звичаїв війни вигнання цивільного населення для примусових робіт, поєднане з умисним вбивством. Таким чином у випадку якщо під час вигнання цивільного населення для примусових робіт було заподіяно шкоду цивільному населенню, у формі смерті, що проявилось у умисному вбивстві зазначені суспільно-небезпечні діяння повинні кваліфікуватися за ч.2 ст. 438 КК України і не потребують додаткової кваліфікації як умисне вбивство. Окремо доцільно розглянути практику, коли такі діяння вчиняються особою у віці від 14 до 16 років в такому випадку особа не є суб'єктом порушення законів

та звичаїв війни і підлягатиме кримінальній відповідальності лише за умисне вбивство .

Підсумовуючи аналіз суспільно-небезпечних діянь, які охоплюються складом злочину порушення законів та звичаїв війни і стосуються безпосередньо цивільного населення в КК України не конкретизовано, цивільного населення якої саме країни стосується вчинення даного злочину. *Доцільно конкретизувати в положенні даної статті стосовно цивільного населення якої держави стосується порушення законів та звичаїв війни у даній формі, а саме стосовно цивільного населення іноземної держави.*

Одним із суспільно-небезпечних діянь, яке законодавець передбачає як форму вчинення порушення законів та звичаїв війни виступає **розграбування національних цінностей на окупованій території**. Аналізуючи практику збройних конфліктів міжнародного та не міжнародного характеру варто зазначити що дане суспільно-небезпечне діяння виступає однією з найбільш поширених форм вчинення кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни. Під час Першої та Другої світової війни особлива увага зверталася на розгляд даного питання під час Нюрнберзького та Токійського трибуналів. У Статуті Нюрнберзького воєнного трибуналу визначено, що фашистська Німеччина під час Другої світової війни утворила систему захоплення культурних цінностей держав, які перебували під окупацією [172, с.389]. Дослідження питання розграбування національних цінностей на окупованих територіях також супроводжується тим, що під час збройних конфліктів проводиться масове розкрадання творів мистецтва та їх нелегальне перевезення, продаж та пересилання за межі країн, яким вони належать [43, с.13].

Варто зазначити, що під розграбуванням національних цінностей на окупованій території доцільно розглядати довільне їх вилучення за допомогою будь-якого способу, яке поєднується із подальшим перевезенням таких цінностей за межі окупованої території, з метою обернення на користь іншої держави, або окремих осіб. Серед науковців позиціонуються думка згідно з якою розграбування національних цінностей на окупованій території полягає в

захопленні і оберненні таких цінностей на власну користь стороною, яка проводить окупацію відповідних територій держави супротивника. Вчинення такого діяння обов'язково пов'язане з вивезенням таких цінностей з окупованої території. В.О. Миронова підкреслює що під вивезенням національних цінностей з тимчасово окупованих територій варто розуміти примусове вилучення цінностей шляхом вчинення, крадіжки, грабежу, або розбою а також шляхом вчинення шахрайських дій або незаконного привласнення та вивезення цінностей за межі окупованої території з метою їх подальшого обернення у власність іншої держави або інших осіб [158, с.11].

Розглядаючи конструкцію даного суспільно-небезпечного діяння варто зазначити, що порушення певних правил поведження з культурними цінностями з урахуванням їх важливого статусу, становить собою закінчений склад аналізованого нами кримінального правопорушення. Доцільно також звернути увагу, що враховуючи особливу культурну, національну цінність таких об'єктів вчинення самого факту нападу на відповідні об'єкти культурної цінності виступає закінченим складом кримінального правопорушення. Для підтвердження даного факту можна навести положення Гаазької конвенції 1954 року, яка визначає воєнними злочинами напади на цінності які віднесені до духовної та культурної спадщини народів. Положення Гаазької конвенції декларує, що за вчинення будь-яких ворожих дій пов'язаних з актами вандалізму щодо об'єктів які перебувають під охороною і визнані об'єктами національної культурної спадщини, держави-учасниці зобов'язуються притягувати до кримінальної відповідальності будь-яких осіб які вчиняють такі порушення. Відповідно до положень ст. 78 Гаазької Конвенції 1954 року до воєнних злочинів пропонується відносити перетворення історичних пам'яток а також творів мистецтва, в тому числі і місць відправлення культу, культових споруд які є культурною та духовною спадщиною народів, яким відповідно до спеціальних угод надається особливий правовий захист в об'єкти нападу, внаслідок чого їм завдаються великі руйнування, якщо такі культові споруди та історичні пам'ятки,

а також твори мистецтва не розміщується у безпосередній близькості до воєнних об'єктів [97, с.290, 263].

Розглядаючи питання національних цінностей доцільно простежити етимологію питання розграбування. Відповідно до Тлумачного словника української мови під «грабуванням», «грабунком» доцільно розглядати розбійницький напад з метою вилучення будь-якого майна у користь грабіжника. [48, с.1142].

Доцільно зазначити що радянське законодавство а саме Кримінальний Кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки 1960 року широко розглядав термін розкрадання. В більшості випадків дане питання стосувалося розгляду розкрадання колективного майна. 152, с.23-25]. Чинний Кримінальний кодекс України використовує натомість поняття заволодіння, розграбування, викрадення. Термін розграбування законодавець використовує як родовий термін стосовно певних злочинних дій, вчинених проти законів та звичаїв війни, які спрямовані врегулювати поведження з об'єктами культурної і природної спадщини. Застосування терміну розграбування, як родового поняття для усіх злочинних діянь, які посягають на встановлений законом порядок охорони об'єктів культури є неправильним і призводить до помилок під час кримінально-правової кваліфікації.

Варто зазначити що відповідно до норм міжнародного гуманітарного права, а також Гаазької конвенції та додаткових протоколів до неї зазначені суспільно-небезпечні діяння *може бути вчинено шляхом нападу на об'єкти культурної та природної спадщини або їх пошкодження, знищення незаконної реквізиції, або руйнування*. Регулювати питання відповідальності за напади на об'єкти культурної спадщини покликані також ряд міжнародних договорів, до яких можна віднести Женевську конвенцію 1949 року, Конвенції ООН Про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини від 1972 року, а також Конвенції про заходи спрямовані на заборону та запобігання незаконному вивезенню, та передачі права власності на культурні цінності від 1970 року. Варто зазначити, що на відміну від положень Гаазької конвенції від 1954 року,

яка передбачала можливість нападу на культурні цінності у випадку якщо є пряма воєнна необхідність нагального прийняття такого рішення, а відповідно Додатковий протокол №1 до Гаазької конвенції 1954 року встановлює абсолютну заборону нападів на культурні цінності та місця відправлення культу за відповідності умови, що цінності належать до духовної спадщини народів або культурної спадщини держави [73].

Відповідно до положень Гаазької конвенції 1954 року збереження культурної спадщини є обов'язком не тільки для держави, на території якої розташовані об'єкти культурної спадщини але й має велике значення і є обов'язком усіх народів світу, а тому необхідним є забезпечення міжнародного захисту культурних цінностей та духовної спадщини.

Однією з ознак, яка чітко відрізняє дану форму вчинення порушення законів та звичаїв війни від інших, передбачених у ч.1 ст. 438 КК України, виступає наявність специфічного своєрідного предмету вчинення злочину, як ознаки об'єктивної сторони складу злочину. Визначення того що ж саме розуміти під предметом вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі розграбування національних цінностей на окупованій території наводить нам положення КК України, а саме стаття 438. У ч.1 ст. 438 КК України законодавець застосовує поняття національної цінності яка перебуває на окупованій території. [Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В.Баулін, В.І.Борисов, Л.М. Кривоченко та ін. / За ред. В.В.Сташиса, В.Я.Тація. – 3-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 624 с., с.477] На противагу, положення міжнародних нормативно-правових актів не визначають такого поняття, і під предметом розглядуваного складу кримінального правопорушення розглядають майно, яке має історичну культурну релігійну або іншу національну цінність, або інше національне майно що містить матеріальні-носії культурних цінностей, які проявляються у пам'ятках архітектури, історії, творах мистецтва, наукових колекцій книг, архівних матеріалів музеїв тощо [122, с.907]. Варто зазначити також що на противагу КК України міжнародно-правовий захист культурних цінностей розповсюджується не на всі культурні цінності, та місця

відправлення культових богослужінь а лише на ті культурні цінності та такі місця які відповідно до статті першої конвенції 1954 року становлять собою історичний художній або архітектурний інтерес. Відповідно до Додаткового протоколу №1 до Гаазької конвенції, такі культурні цінності повинні становити культурну чи духовну спадщину народів. Відповідно до Конвенції про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини від 1972 року, надається особливий правовий режим захисту культурних цінностей, що становлять собою винятковий культурний інтерес і мають універсальне значення [140, с.846].

Звернемо увагу що у випадку подолання конфлікту між нормами міжнародного гуманітарного права а також норми національного законодавства варто зазначити що воєнні злочини проти національних цінностей розглядаються як порушення законів та звичаїв війни, за умови внесення таких цінностей до державного реєстру нерухомих пам'яток України, віднесення до унікальних документів національного архівного фонду або включення таких будівель та споруд до списку всесвітньої спадщини ЮНЕСКО. Тобто такі об'єкти культурної спадщини повинні перебувати під особливим спеціальним режимом правового захисту.

Розглядаючи питання об'єктів культурної спадщини слід проаналізувати що ж законодавець розуміє під культурною спадщиною На основі аналізу положень чинного законодавства можна зазначити що культурна спадщина - це сукупність отриманих людством у спадок від попередніх поколінь об'єктів культурної спадщини серед яких археологічні об'єкти, історичні об'єкти, об'єкти монументального мистецтва, архітектурні та містобудівні об'єкти, садово-паркове мистецтво, а також ландшафтні об'єкти науки та техніки. Серед представників кримінально-правової науки позиціонується також твердження що документи національного архівного фонду є складовою культурної спадщини України, а незаконні дії, що призвели до істотних змін таких документів або зміни пам'яток історії та архітектури або інших охоронюваних археологічних територій тягнуть за собою настання кримінальної відповідальності за вчинення таких дій [98, ст. 43]. З метою недопущення помилок під час кримінально-

правової кваліфікації діянь за ознаками наявності в діях особи ознак складу злочину, передбаченого частиною першою ст. 438 КК України доцільно не допускати застосування оціночних понять під час розгляду питання чи є той чи інший об'єкт об'єктом культурної спадщини [99].

У зв'язку з цим доцільно закріпити в положенні чинного законодавства чітке визначення що саме розуміти під об'єктом культурної національної релігійної спадщини. З метою гармонізації законодавства України а саме положення КК України з законодавством європейського співтовариства доцільним є приведення положень ст. 438 КК України у відповідність до міжнародних договорів держави шляхом *виключення з аналізованого складу злочину категоріального поняття національна цінність, і проведення його заміни на поняття культурна та природна спадщина.*

Під час вчинення даного суспільно-небезпечного діяння, як форми порушення законів та звичаїв війни можна зазначити, що здійснюється руйнація певних соціальних зв'язків, які передбачають собою систему заходів спрямованих на охорону національних та культурних цілей, а також здійснюється нанесення значної матеріальної шкоди, а також моральної шкоди державі, відбувається порушення норм та правил які покликані врегулювати правила поведження з об'єктами культурної, національної, та релігійної спадщини, які становлять собою національні цінності. Відповідно до положень аналізованого нами складу кримінального правопорушення тільки за умови настання суспільно небезпечних наслідків, як ознаки об'єктивної сторони вчиненого кримінального правопорушення проти національних цінностей отримують свій повноцінний розвиток, суспільно небезпечні наслідки, які є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони даного суспільно-небезпечного діяння [105].

Під час вчинення аналізованого нами спільно безпечного діяння, яке становить собою порушення законів та звичаїв війни заподіюється також шкода обов'язковому безпосередньому об'єкту даної форми вчинення порушення законів та звичаїв війни, під яким доцільно розглядати відносини власності які

виникають з приводу об'єктів культурної природної релігійної спадщини і які перебувають під особливим правовим режимом захисту національних культурних цінностей . *Дане твердження може свідчити про більш високу суспільну небезпеку вчиненого суспільно-небезпечного діяння і тому є підстави на наш погляд для виділення даного аналізованого складу кримінального порушення як кваліфікованого складу порушення законів та звичаїв війни у частині другій ст. 438 КК України.*

Серед альтернативних суспільно-небезпечних діянь, які законодавець включає в конструкцію ч.1 ст. 438 КК України як порушення законів та звичаїв війни варто також виділити як форму вчинення даного суспільно небезпечного діяння **застосування засобів ведення війни заборонених міжнародним правом.**

Для розгляду питання застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом на наш погляд доцільно перш за все дослідити етимологію понять «засоби ведення війни». Кримінально-правовий термін «засіб» вживається у двох значеннях:

по-перше, під засобом розуміють все що направлено на досягнення об'єктивної мети, зокрема предмети та пристосування або їх сукупність, необхідні для здійснення певної діяльності або досягнення мети[48, с.466].

по-друге, засоби - це матеріальні цінності а також все що служить знаряддям для певної справи [170, с.96].

На наш погляд під засобами доцільно розглядати предмети зовнішнього матеріального світу, які використовуються винною особою для вчинення суспільно-небезпечного діяння. Поняття засоби ведення війни доцільно розглядати через призму Додаткового протоколу №1 до Женевської конвенції, згідно з якого *під засобами ведення війни прийнято розуміти зброю а також інші засоби що застосовуються учасниками збройних конфліктів для ураження живої сили, а також інфраструктури противника з метою нанесення шкоди та виснаження бойової потужності воюючої сторони [156, с.28].* Перелік засобів ведення війни, які заборонені нормам міжнародного гуманітарного права

визначаються міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Можливим також є розгляд питання закріплення законодавцем відповідальності за застосування окремих засобів ведення війни в окремих положеннях КК України. Так наприклад за застосування зброї масового знищення законодавець передбачає окрему відповідальність у спеціальній кримінально-правовій нормі передбаченій КК України, а саме в ст. 439, як більш тяжкий злочин в порівнянні зі статтею 438 КК України [123, с.290]. Під застосуванням зброї масового знищення доцільно розглядати використання її властивостей відповідно до цільового призначення такої зброї масового знищення. Для кваліфікації даного діяння не буде мати значення чи винний наніс тілесні ушкодження із застосуванням зброї масового знищення чи тільки погрожував її застосуванням. Важливим також є питання під час розгляду погроз застосування зброї масового знищення наявності у особи, яка вчиняє таке порушення реальної можливості застосувати таку зброю, тобто розглядається питання чи є у такої особи зброя масового знищення і чи може вона її застосувати. До зброї масового знищення прийнято відносити тільки зброю заборонену міжнародними договорами України згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. Зокрема до такої зброї належать предмети, спеціальне призначення яких спрямоване на ураження живих цілей противника, серед яких штатна армійська зброя, а також інша вогнепальна або холодна зброя, при чому як кустарного так і заводського виробництва [140, с.1091]. В теорії кримінального права часто виникають дискусії з приводу того що засоби ведення війни пов'язані зі способами вчення злочину, хоча на практиці дані терміни мають різнобічне тлумачення. Під терміном спосіб доцільно розглядати вираз дії, засіб здійснення чого-небудь, порядок діянь для досягнення певної мети, або певну дію чи засоби або систему засобів [181, с.39, 41]. Спосіб кримінально-правовій науці визначається як певний порядок, послідовність рухів дій та вчинків що застосовуються особою в процесі вчинення суспільно небезпечного посягання. Варто зазначити що для кожного виду зброї визначено особливий порядок її застосування який прямо та безпосередньо залежить від

властивостей такої зброї [181, с.41]. Наприклад під застосуванням хімічної зброї, дія якої пов'язана з застосуванням токсичних властивостей хімічних речовин, передбачається застосування отруйних речовин як складової частини боєприпасів. Також доцільно розглядати засоби бойового застосування отруйних речовин, а саме носії таких речовин, а також прилади та устаткування які застосовуються з метою доставлення таких речовин до цілей і приведення їх у бойову готовність, що пов'язується з викидом отруйних речовин або отруйних газів на території противника та ураженням його живої сили [32, с.16-17].

Розглядаючи питання застосування засобів ведення війни, заборонених нормами міжнародного гуманітарного права, варто зазначити що для кожного такого засобу є характерним особливий правовий режим поводження з такими засобами, а також такі засоби характеризуються особливим способом негативного впливу на людину. Отруйні речовини хімічна, дія яких покликана провести ураження живої сили противника проникають всередину організму людини певними шляхами, а саме через органи дихання через шкіру через шлунково-кишковий тракт та іншими способами.

Застосування засобів ведення війни передбачає використання під час збройного конфлікту матеріальних носіїв таких засобів ведення війни, які пов'язані з уражаючими властивостями, що здатні під час їхнього застосування заподіяти ушкодження, або фізичні страждання особам які безпосередньо піддаються дії таких засобів ведення війни а також можуть спричинити серйозну шкоду цивільним об'єктам та природному середовищу.

Загальновідомим фактом визначається те, що норми міжнародного гуманітарного права, які покликані регулювати ведення збройних конфліктів як міжнародного так і не міжнародного характеру доцільно поділяти на право Женеві та право Гааги. Зокрема норми права Гааги покликані регулювати питання відповідальності за застосування способів та засобів війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права. Норми права Женеві натомість покликані розглядати питання захисту жертв збройних конфліктів, цивільного населення військовополонених і так далі [83 с. 186].

Спробуємо структурно відобразити право Гаги, яке передбачає перш за все заборону здійснення збройного нападу на що-небудь, на кого-небудь, як-небудь, і передбачає ведення збройної боротьби між державами, учасниками збройного конфлікту або іншими суб'єктами міжнародного гуманітарного права за допомогою способів та засобів, які покликані досягнути переваги однієї сторони над іншою шляхом зниження військового потенціалу іншої сторони а також унеможливлення такої сторони чинити супротив і покликане зменшити шкоду яка може бути заподіяна під час ведення бойових дій, а також уникнути випадків техногенних катастроф, масового знищення живої сили противника та цивільного населення.

Доцільно зазначити що способи та засоби ведення війни на практиці доцільно поділяти на правомірні та неправомірні. Більшість науковців дотримуються позиції що їх варто розглядати як дозволені та заборонені. Відповідно на практиці ми можемо простежувати, що норми міжнародного гуманітарного права чітко визначають тільки перелік заборонених способів та засобів ведення війни, і зазначається що він не може бути вичерпним, так як наприклад перелік дозволених засобів ведення війни, до якого включаються всі способи та засоби які не отримали свого відображення під час розгляду заборонених способів та засобів ведення війни.

Відповідно до норм міжнародного гуманітарного права, застосування засобів ведення війни супроводжується наступними критеріями: перш за все це не вибірковість та надмірні пошкодження або страждання. Питання не вибірковості розглядається в першому Додатковому протоколі до Гаазької конвенції, який до нападів невибіркового характеру відносить вчинення нападу коли застосовуються способи та засоби ведення війни, які не можуть бути спрямовані з метою заподіяння шкоди конкретним військовим об'єктам або такі напади коли застосуванню підлягають способи та засоби ведення війни, результат застосування яких може мати своїм наслідком необмежені ушкодження а також масові знищення територій. Також Додатковий протокол №1 до Гаазької конвенції передбачає заборону застосування снарядів і засобів

ведення війни, які за своєю природою здатні завдати надмірних пошкоджень об'єктам інфраструктури, або спроможні завдати надмірних та невинуватих страждань, як учасникам збройного конфлікту так і цивільному населенню .

Розглядаючи питання стосовно визначення зброї, а також способів та засобів ведення війни, які сконструйовані з метою завдання надмірних пошкоджень або страждань пропонуємо виділити чотири категорії, які залежать від здатності способів та засобів ведення війни при їх використанні спричинити перш за все специфічну хворобу або певні специфічні ненормовані фізіологічні стани і наслідком свого застосування мають постійну або тимчасову непрацездатність, пов'язану зі специфічним каліцтвом, по-друге, вони спричиняють летальність на полі бою, яка полягає у ліквідації більше 25% збройної сили противника, під час застосування таких засобів ведення війни по-третє, такі способи та засоби ведення війни спроможні спричинити так звані поранення третього рівня, тобто поранення, які за сумарним розміром вхідного та вихідного отворів дорівнюють або перевищують 10 см (або якщо є можливість помістити у рану два пальці), або у випадку заподіяння багато осколкових переломів опорно-рухового механізму людини, по-четверте до таких наслідків належать випадки проти яких не існує визначеного лікування [13, р.340].

З аналізу положень про поділ способів та засобів ведення війни на групи, який запропонований міжнародним комітетом Червоного Хреста, можна зазначити, що кожен вид зброї, яка підпадає під заборону наділений певним критерієм, що дозволяє визначити, які види зброї здатні завдати надмірних пошкоджень або спричинити неспівмірні страждання, як наслідок їх застосування .

В процесі дослідження питання застосування способів та засобів ведення війни, заборонених нормами міжнародного гуманітарного права доцільно проаналізувати основні положення та тези, що були озвучені під час Токійського воєнного трибуналу, під час якого відбувався розгляд судових справ про атомне бомбардування Хіросіми та Нагасакі. Під час розгляду даної справи було зроблено акцент на констатації суворої заборони використання зброї, яка робить

«настання смерті неминучим». Відповідно до положень Токійського воєнного трибуналу мета ведення бойових дій передбачає «виведення з ладу противника, а не його фізичне знищення, зокрема крім випадків застосування ядерної зброї, питання застосування якої розглядалося на токійському воєнному трибуналі. До заборонних способів і засобів ведення війни також прийнято відносити вакуумні бомби, які використовували представники Сайгонської армії у В'єтнамі та Ізраїлі а також у Лівані, під час антитерористичних операцій. Заборонено також застосовувати касетні, голчасті бомби які в свою чергу використовувалися під час війни в Афганістані представниками збройних сил США [11].

Положення норм міжнародного гуманітарного права передбачають заборону застосування зброї, яка наносить «надмірні або марні пошкодження». Під такою зброєю варто розглядати застосування озброєння з метою збільшення страждань людей і застосування зброї, з метою виведення противника з ладу причому виведення противника з ладу передбачає доведення його до стану, в якому противник не може більше брати участь в бойових діях. В такому випадку під заборону потрапляють усі способи та засоби ведення війни які спричиняють надмірні страждання противника.

У 1961 році Генеральна Асамблея ООН визначила принцип, згідно з якого забороняється застосування зброї масового знищення що покликане спричинити «безглузді страждання», а також зброї, яка раніше була заборонена, як така що суперечить вимогам принципу людяності, а також принципам міжнародного гуманітарного права. Окремо було зазначено про те що застосування ядерної зброї підпадає під принципи застосування зброї масового знищення відповідно є забороненим способом ведення війни [97, с.247].

Міжнародний суд ООН у 1996 році встановив чітку заборону застосування засобів і способів ведення війни які можуть завдати зайвих страждань комбатантам і це відповідно передбачало заборону застосування ядерних та касетних боєприпасів [184].

*Окремо доцільно звернути увагу на практику застосування зброї та боєприпасів невідмінкової дії. Відповідальність за вчинення таких дій а також*

визначення сутності зброї невибіркового характеру передбачена ст. 51 Додаткового протоколу №1 до Гаазької конвенції. Зокрема встановлено, що держава ніколи не повинна застосовувати зброю а також способи та засоби ведення війни, які не дозволяють проводити вибір в контексті ураження між цивільними об'єктами і воєнними об'єктами, не дозволяють також проводити вибірковість між цивільним населенням та учасниками збройного конфлікту комбатантами або не комбатантами. Дане положення поширює свою дію на загрозу та захист від застосування таких видів зброї як біологічна, хімічна, бактеріологічна, застосування отруйних а також запалювальних речовин. Випадки застосування зброї масового ураження передбачають неможливість визначення чіткого спектру та території на які буде поширюватися дія таких отруйних речовин, або які будуть зазнавати наслідків застосування такої зброї масового ураження. Застосування таких способів ведення війни в Іраку та Афганістані підтвердили неможливість точного визначення об'єктів, які підлягатимуть ураженню під час застосування такої зброї і відповідно ставлять застосування такої зброї під заборону норм міжнародного гуманітарного права.

Підсумовуючи викладене вище спробуємо навести перелік засобів ведення війни які заборонені нормами міжнародного гуманітарного права:

- снаряди, вагою менше 400 г., які наділені властивістю вибухати або споряджені ударним чи запалювальним зарядом;
- так звані кулі «дум-дум», які за своїми фізичними властивостями легко розгортається та сплющуються, і під час влучання в тіло людини заподіють особливих страждань.
- задушливі гази, або інша хімічна зброя які як наслідок свого застосування мають за мету уражені живої сили противника шляхом заподіяння непоправних наслідків для здоров'я людини і покликані спричинити смерть живої сили противника;
- отруйна зброя а також інші отруйні речовини;
- торпеди та інші види підводних мін;

- як один із видів зброї невибіркового характеру також розглядається бактеріологічна зброя зокрема Генеральна Асамблея ООН передбачає відповідальність не тільки за застосування бактеріологічної хімічної зброї, але і за виготовлення, виробництво, та накопичення запасів такої зброї, що супроводжується токсичною дією речовин і відповідно можливістю настання непоправних наслідків її застосування;
- заборонено застосовувати вогнемети, які покликані знищувати живу силу противника а також об'єкти інфраструктури шляхом застосування термічної дії вогню, що супроводжується особливими стражданнями осіб які потерпають від застосування такої зброї;
- боєприпаси частини або Осколки яких не можуть бути виявлені у людському тілі за допомогою рентгенівських променів;
- наземні міни і міни пастки, зокрема передбачається також заборона їх застосування а також накопичення запасів виробництво і передача воюючим сторонам;
- запалювальна зброя;
- лазерна зброя, зокрема у випадку застосування лазера не тільки для наведення ракет та снарядів у ціль а й використання лазера з метою заподіяння тимчасової або постійної сліпоти. Міжнародна практика знає тільки один випадок заподіяння шкоди шляхом застосування лазерної зброї проти живої сили під час бойових дій, з метою виведення з ладу радарів а також систем протиповітряної оборони противника;
- використання засобів та способів впливу на навколишнє природне середовище з воєнною метою. Нормами міжнародного гуманітарного права чітко заборонено проведення змін динаміки Землі, у тому числі і біопотоку, а також літосферу, гідросферу, атмосферу або космічний простір. В даному випадку мова йде про заборону так званої «географічної війни» яка пов'язана з умисним управлінням природними процесами, що покликані викликати землетруси, урагани, надмірне випадання опадів, зниження температур і так далі [73].

Додатковий протокол №1 до Гаазької Конвенції забороняє використовувати засоби введення екологічної війни, які можуть порушувати життєво важливу рівновагу на планеті. Усі країни зобов'язуються під час застосування способів та засобів ведення війни дотримуватися основних правил опіки над Землею, а також природним середовищем з метою його захисту від шкідливого та непоправного впливу. Нормами міжнародного гуманітарного права заборонено застосовувати засоби і способи ведення бойових дій, які мають на меті завдати або завдадуть великих, тривалих та серйозних збитків природному середовищу, чим заподіюють шкоду здоров'ю та життю людини. [73, 177, с.412].

Варто також звернути увагу на відсутність міжнародних договорів України, про заборону застосування ядерної зброї. На регулювання даного питання спрямована дія низки резолюції Генеральної Асамблеї ООН, які покликані заборонити застосування ядерної зброї, але на жаль у зв'язку з тим що за ці резолюції голосували не усі держави-учасниці вони носять виключно рекомендаційний характер. За прийняття даних резолюції не голосувала низка західних держав, прибічників так званої доктрини ядерних протипаг та ядерного стримування, які бажали залишити за собою право використання ядерної зброї на випадок якщо вони зазнають агресії.

Розробка нового засобу ведення воєнних дій, а саме ядерної зброї не тільки істотно вплинула на сам характер війни, але й стала причиною яка породила масу наукових досліджень, оскільки з появою ядерної зброї пройшло осмислення небезпеки, а також згубного впливу її застосування. Варто відмітити, що станом на сьогодні відсутні чітко розроблені правові норми, які покликані регулювати питання застосування ядерної зброї. [42].

Враховуючи особливості, а також характер дії ядерного озброєння, варто підкреслити незаконний характер ядерної зброї, оскільки така зброя виступає як засіб ведення війни що робить смерть неминучою. Враховуючи факт, згідно з якого як наслідок застосування ядерної зброї неминуче настає променева хвороба внаслідок опромінення населення великою і надмірною дозою радіації,

можна зазначити що ядерна зброя покликана завдавати зайвих страждань потерпілим, а також є зброєю, яка заподіює ураження невиліковної дії. Дане твердження підтверджується також судовою практикою, зокрема один з найвагоміших випадків застосування ядерної зброї, а також судових процесів стосовно розслідування такого злочину розглянуто окружним судом Токіо у справі Ши Моді 7 грудня 1963 року. На жаль юридичні питання заборони застосування ядерної зброї станом на сьогодні досі не відображені в нормах міжнародного гуманітарного права [83, с.258].

Спробуємо здійснити аналіз способів та засобів ведення війни які заборонені згідно з норм міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Так до таких заборонених способів ведення війни можна відносити: напад на цивільних осіб, напад на осіб які виведені з ладу, напад на медичний санітарний а також духовний персонал, напад на персонал організації цивільної оборони, напад на цивільні об'єкти напад на місцевості які не обороняються, а також напад на нейтральні зони. Відповідно до Четвертої Женевської конвенції передбачається що сторони можуть регулювати під час збройного конфлікту питання створення нейтральних зон, призначених для захисту хворих і поранених, а також комбатантів і некомбатантів, зокрема і цивільних осіб які не беруть участі у воєнних діях і не виконують будь-якої роботи воєнного характеру. Під час перебування таких осіб у зазначених нейтральних зонах такі особи користуються посиленням захистом норм міжнародного гуманітарного права. В свою чергу практика створення таких зон простежувалась у 1936 році в Іспанії під час Балкансько-Аргентинського конфлікту за ініціативою Великобританії. Додатковий протокол №1 до Гаазької конвенції передбачає заборону використання голоду серед цивільного населення як одного із способів введення війни [161,76]. Також нормами міжнародного гуманітарного права заборонено проводити наступальні дії або знищувати об'єкти, які є необхідними для виживання цивільного населення. Суворі заборона також поширюється на вчинення нападів на об'єкти які є потрібними та необхідними для забезпечення нормальної життєдіяльності цивільного

населення, зокрема забороняються напади на посіви а також будівлі постачання питної води, іригаційні споруди тощо, завдання значних збитків навколишньому середовищу, напад на об'єкти підвищеної небезпеки. Так, відповідно до ст. 56 Додаткового протоколу №1 до Гаазької конвенції до об'єктів підвищеної небезпеки відносять установки і споруди які містять небезпечні сили, а саме греблі, дамби, атомні електростанції які в жодному випадку не можуть бути об'єктами нападу, враховуючи характер та ступінь суспільної небезпеки злочинних посягань на такі об'єкти. Зазначається що напад на такі об'єкти може супроводжуватися вивільненням речовин, небезпечних для життя та здоров'я населення певних територій, забороняється також використання військовополонених чи цивільних осіб для захисту від нападів на воєнні об'єкти, використання захисних знаків визнаних Женевською конвенцією а також Додатковим протоколом №1 до Женевської конвенції [85].

Важливим є визначення моменту з якого склад злочину порушення законів та звичаїв війни, вчинений у формі застосування способів та засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права є закінченим. Порушення законів та звичаїв війни вчинюване у формі застосування засобів ведення війни заборонених міжнародним правом, є закінченим самостійним складом злочину з моменту коли такі способи та засоби ведення війни, які заборонені нормами міжнародного гуманітарного права приведені в дію і відповідно здійснюється поширення дії таких способів та засобів ведення війни. Так на основі проведеного аналізу практики застосування відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі застосування засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права, доцільним на наш погляд виступає доповнення аналізованої нами частини першої ст. 438 КК України поняттям застосування заборонених способів ведення війни.

Доцільним виступає проведення розмежування засобів ведення війни в процесі аналізу порушення законів та звичаїв війни, від засобів вчинення складу злочину у формі порушення законів та звичаїв війни. Досліджуючи питання

судової практики, варто зазначити, що під час вчинення порушення законів та звичаїв війни можуть використовуватися способи та засоби вчинення злочину, які заборонені нормами міжнародного гуманітарного права. Так наприклад Досить таки поширеним у концтаборі Освенцем було створення спеціальних лікарень, для проведення дослідів над військовополоненими та цивільним населенням, зокрема проводилися досліди щодо стерилізації жінок, кастрації чоловіків, а також дії хімічних препаратів на шкірні покриви, проводилося штучне зараження організму ув'язнених табору різними інфекційними хворобами а також проводилося знищення цивільного населення шляхом зараження інфекційними хворобами [175, с.30-31]. До засобів вчинення порушення законів та звичаїв війни також можна відносити застосування доменних та газових печей для спалення цивільного населення, застосування газових камер, так званих душоубок або практики поховання живцем під час розстрілів в радянських тюрмах та концтаборах стосовно військовополонених та цивільного населення.

До заборонених нормами міжнародного права засобів ведення війни належать також касетні боеприпаси, однак станом на зараз Конвенція про касетні боеприпаси від 30 травня 2008 року не ратифікована Україною. Станом на зараз під час збройного конфлікту України та Російської Федерації встановлено факти використання збройними силами Російської Федерації мін-пасток а також мін-сюрпризів які покликані проводити ураження як військовослужбовців так і цивільного населення (міни сюрпризи маскуються під іграшки, книги, одяг, коробки від цукерок, або інші предмети матеріального світу) запалювальних боеприпасів типу 9М22С, осколково-фугасно запалювальних авіабомб ОФЗАБ-500, зброї яка призводить до надмірних пошкоджень а також страждань людей, або веде до невибіркових руйнувань, стосовно невибіркових руйнувань варто звернути увагу на застосування РСЗВ (реактивних систем залпового вогню) «Град», «Смерч», «Сонцепьок», «Буратіно», а також фосфорних бомб [194].

*Порушення законів та звичаїв війни у формі застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, є закінченим з моменту приведення в*

*дію носіїв заборонених засобів ведення війни.*

З урахуванням зазначеного **пропонуємо диспозицію ч. 1 ст. 438 КК, крім визначення “застосування заборонених засобів ведення війни”, доповнити поняттям “ застосування заборонених способів ведення війни”.**

Під час розгляду питання практики притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни, у формі застосування способів та засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права доцільно розглянути вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 року у справі № 535/244/22. Згідно з матеріалів даної справи військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 1, розгорнув для приведення в дію реактивну систему залпового вогню «Град», внаслідок чого відбулося руйнування об'єктів цивільної а також критичної інфраструктури, житлових будинків цивільного населення. Військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 2 навів, зазначену реактивну систему залпового вогню «Град», що спричинило руйнування об'єктів критичної інфраструктури, а також цивільної інфраструктури та житлових будинків цивільного населення. Зазначені діяння судом були кваліфіковані як напад невибіркового характеру, передбачений статтею 51 Додаткового протоколу № 1, вчинений за попередньою змовою групою осіб, тобто як інше порушення законів та звичаїв війни, що передбачене міжнародними договорами згода обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Зазначені особи, які обвинувачувалися у вчиненні даного порушення законів та звичаїв війни були піддані покаранню у формі позбавлення волі на строк 11 років і 6 місяців [55].

Конструкція диспозиції ст. 438 КК України передбачає також відповідальність за **вчинення інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.**

Відомим фактом виступає те, що відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, а також вчинення більшості воєнних злочинів прийшла в

українське кримінальне право а також стала частиною норм Закону України про кримінальну відповідальність, як наслідок імплементації норм міжнародного гуманітарного права. В Україні застосовуються дві форми типізації системи воєнних злочинів зокрема загальна та змішана. Дане положення поширюється на порушення законів та звичаїв війни, які передбачені міжнародними договорами згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Оскільки ми вже знаємо, що основною особливістю диспозиції ст. 438 КК України є її бланкетність, а саме визначення окремих ознак та форм порушення законів та звичаїв війни шляхом відсилання для з'ясування ознак таких діянь до міжнародних договорів, згодна на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Конкретний зміст ознак суспільно-небезпечних діянь, які становлять собою порушення законів та звичаїв війни можна отримати шляхом аналізу норм міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. На наш погляд, виступає досить таки дискусійним питання допустимості банкетних ознак у диспозиції кримінально-правових норм оскільки в Україні, як і в більшості держав континентальної системи права передбачається, що кримінальна відповідальність за вчинення кримінального правопорушення може бути застосована тільки в випадку якщо вчинене суспільно-небезпечне діяння передбачається у положеннях закону України про кримінальну відповідальність, тобто діє принцип «немає злочину без зазначення щодо нього в законі». Відповідно до положень Конституції України міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України вступають частиною національного законодавства а також в Україні застосовуються принцип примату норм міжнародного права над нормами національного законодавства згідно з яким, у випадку якщо в нормах міжнародного права міститься положення які суперечать національному законодавству, але такі положення є частиною імплементованих міжнародних нормативно-правових актів у систему національного законодавства, для уникнення конфлікту норм права застосовуються практика внесення змін до Національного законодавства з метою його проведення у відповідність до норм

міжнародного гуманітарного права. Тому таке посилання у диспозиції ст. 438 КК України на відповідно «інші суспільно-небезпечні діяння, відповідальність за які може бути передбачена міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є правомірним і може слугувати дієвим засобом гармонізації кримінального законодавства та норм міжнародного гуманітарного права. [118]. Таким чином бланкетна диспозиція ст. 438 КК України може бути застосована для точної та повної характеристики змісту кримінально-правової норми а також кримінального права та міжнародного права. Аналізуючи **положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України**, можна зазначити що до таких діянь які, передбачені диспозицією складу кримінального правопорушення передбаченого статтею 438 КК України можна також включити наступні суспільно-небезпечні діяння:

- Позбавлення військовополоненого, або особи яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права прав на справедливе та неупереджене судочинство.
- Незаконне ув'язнення осіб, які перебувають під захистом норм міжнародного гуманітарного права.
- Взяття заручників.
- Вчинення нападу на місцевості, які не обороняються а також на демілітаризовані зони.
- Напад на особу, яка повідомляє що вона припинила участь у міжнародному збройному конфлікті.
- Переміщення державою окупантом частини свого власного населення на тимчасово окуповану територію.
- Умисне перетворення місць культових обрядів на об'єкти нападу.
- Проведення дослідів над особами, які перебувають під владою супротивної сторони.

- Позбавлення свобод, або будь-яких медичних процедур осіб які внаслідок воєнних дій отримали поранення або здоров'ю яких заподіяно істотну шкоду в наслідок бойових дій.
- Умисне не вжиття заходів з метою запобігання вчинення воєнних злочинів [193].

Серед науковців протягом досить тривалого часу точиться дискусія згідно з якої можна виділити дві точки зору, зокрема перша - про необхідність включення проаналізованих нами вище суспільно-небезпечних діянь до диспозиції ст. 438 КК України, з метою конкретизації поняття порушення законів та звичаїв війни, а також форм вчинення даного злочину, друга - прихильниками якої ми виступаємо, вважає за необхідне підтримати подальше застосування бланкетної норми у диспозиції ст. 438 КК України, яка дозволяє провести повне визначення поняття порушення законів та звичаїв війни через призму норм міжнародного гуманітарного права, а також положення міжнародних договорів згodu на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

Однією з альтернативних форм вчинення суспільно-небезпечного діяння порушення законів та звичаїв війни які передбачаються ч.1 ст. 438 Кримінального кодексу є **віддання наказу про вчинення дій передбачених статтею 438 КК України**. Розглядаючи конструкцію даного складу суспільно-небезпечного діяння можна зазначити що це злочин з формальним складом, і його вчинення можливе у формі керування підлеглими службовою особою під час збройного конфлікту, з метою вчинення злочинних дій. Для повного розгляду даної форми суспільно-небезпечного діяння доцільно розглянути питання, що ж варто розуміти під наказом. У цьому випадку наказ є родовим щодо інших актів управління під час збройного конфлікту. Відповідно до положення КК України наказ або розпорядження є законними у випадку якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і відповідно до змісту не суперечить чинним актам законодавства не мають своїм наслідком порушення конституційних прав свобод людини і громадянина. Відповідно до визначення наказ повинен відповідати повноваженням особи яка його віддає, повноваження

такої особи встановлюється у відповідних нормативно-правових актах, зокрема серед яких статут внутрішньої служби збройних сил України а також положення та інші акти нормативно-правового характеру Міністерства оборони України. Практика відповідальності за виконання явно злочинного наказу поширена серед більшості країн сучасної Європи. Відповідно до положень норм міжнародного гуманітарного права які знайшли своє відображення в Конституції України виконання явного злочинного наказу або розпорядження передбачає настання за вчинення таких дій юридичної відповідальності. Оцінюючи питання про те, що зміст наказу який покликаний вчинити порушення законів та звичаїв війни є явно злочинним, оцінці з точки зору кримінального права підлягає саме віддання явно злочинного наказу, а не будь-якого іншого незаконного наказу [162,89-92].

Аналізоване в даній статті кримінального закону поняття явно злочинний наказ містить як і об'єктивний так і суб'єктивний критерій. Можна зазначити що явно злочинний наказ, який віддається в будь-якому випадку виходить за межі компетенції особи яка віддає такий наказ, та в свою чергу суперечить змісту закону [134, с.70]. Коли йде мова про явно злочинний наказ потрібно звертати увагу на те, що особа у момент прийняття такого наказу до виконання повинна усвідомлювати явну злочинність положень наказу на вчинення певних дій і знати про можливість та конституційне право утриматися від виконання явно злочинного наказу [93, с.46].

Розглядаючи питання кримінальної відповідальності за віддання наказу, на вчинення діяння передбаченого, частиною другою ст. 438 КК України можна зазначити, що особа яка віддала наказ на вчинення такого суспільно-небезпечного діяння відповідає і за суспільно-небезпечні наслідки його виконання, а саме умисне вбивство, яке настає як наслідок вчинення суспільно-небезпечного діяння за частиною другою ст. 438 КК України. Зазначається що особа яка віддає такий явно злочинний наказ, як ніхто інший повинна розуміти можливість настання суспільно небезпечних наслідків, у формі смерті особи а також повинна бути готовою нести відповідальність за можливе заподіяння шкоди [9 р.513].

Окремій кримінально-правовій кваліфікації підлягає оцінка діяння особи, яка вчинила злочин, який відповідно передбачений частиною другою ст. 438 КК України під час виконання явно злочинного наказу. Регулювання даного випадку передбачено у ст. 8 статуту Нюрнберзького воєнного трибуналу а також положеннях Токійського трибуналу в яких зазначалося, що у випадку якщо підсудний діяв навіть за розпорядженням уряду або прямим наказом керівника це не звільняє його від відповідальності за вчинення діяння, а може розглядатися лише як обставина що пом'якшує покарання [160, с.64]. Підсумовуючи положення про те, що наказ, про вчинення порушення законів та звичаїв війни в будь-якому випадку є явно злочинним, особа яка виконала цей наказ відповідно до положення КК України відповідатиме за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу і підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах як особа виконавець злочину, при цьому суд може визнати ту ознаку яка полягає у виконанні явно злочинного наказу як обставину, яка пом'якшує покарання. В даному випадку йде мова про спеціального суб'єкта вчинення даного правопорушення. Дане питання буде розглядатися під час розгляду суб'єктивних ознак складу порушення законів та звичаїв війни, але варто зазначити що вчинення воєнного злочину в такому випадку із спеціальним суб'єктом шляхом умисного використання іншої особи яка в свою чергу може діяти невинно або з необережності являє собою так звану посередню вину і можна зазначити, що кримінальна відповідальність за вчинення такого суспільно-небезпечного діяння повинна наставати для особи, яка в свою чергу використовувала як живе знаряддя вчинення кримінального правопорушення невинного або діючого з необережності.

Досліджуючи судову практику, пов'язану з розглядом справ про порушення законів та звичаїв війни у формі віддання наказу на вчинення дій, передбачених у ч1. ст.438 КК України можна зазначити, що відповідно до Вироку Деснянського районного суду міста Чернігова від 11 квітня 2023 року, у справі номер 750/6470/22, згідно з якою військовослужбовець Збройних сил Російської Федерації ОСОБА 3 у порушення ст. 52 Додаткового протоколу а

також ст. 25 Положення Про закони і звичаї війни на суходолі, віддав наказ оператору навіднику танку ОСОБІ 6 здійснити постріл осколково-фугасним снарядом по житловому багатоквартирному будинку, як по об'єкту, що не є військовою ціллю, та не використовується для військових потреб. Дії зазначеної особи було кваліфіковано як віддання наказу на вчинення дій, які порушують закони та звичаї війни, що передбачені міжнародними договорами згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а саме за частиною першою ст. 438 КК України, і до обвинуваченої особи було застосовано покарання у вигляді позбавлення волі на строк 11 років [Вирок Деснянського районного суду міста Чернігова від 11 квітня 2023 року, у справі номер 750/6470/22,].

Проводячи аналіз складу злочину порушення законів та звичаїв війни а саме розглядаючи об'єктивну сторону даного суспільно-небезпечного діяння, варто знати що обов'язковим елементом даного кримінального правопорушення виступають суспільно-небезпечні наслідки. В доктрині кримінального права України під суспільно-небезпечними наслідками прийнято розуміти передбачену кримінально-правовими нормами матеріальну або нематеріальну шкоду, яка може заподіюватися злочинним діянням об'єкту злочинного посягання. [128, с.137]. Залежно від характеру суспільно небезпечного діяння об'єкту злочинного посягання можуть заподіюватися суспільно небезпечні наслідки у вигляді реальної шкоди або у вигляді реальної загрози заподіяння такої шкоди.

Дослідження питання суспільно-небезпечних наслідків кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни в юридичній літературі приділялося досить таки небагато уваги. Окремі дослідження питання ознак об'єкта та об'єктивної сторони кримінального правопорушення не акцентують увагу на суспільно-небезпечних наслідках, які настають у випадку вчинення даного суспільно-небезпечного діяння. Хоча варто зазначити, що під час вчинення порушення законів та звичаїв війни суспільно-небезпечні наслідки часто характеризується різноманітням та масштабами а також поєднанням різних

видів шкоди, які заподіюються як і людині так і цивільним об'єктам, навколишньому природному середовищу, або культурній спадщині. Етимологія поняття «суспільно небезпечні наслідки» безпосередньо пов'язана з причиною виникнення суспільно-небезпечних наслідків а саме суспільно-небезпечним діянням [131, с.38;].

Зазначимо що в КК України визначено різні форми відображення суспільно-небезпечних наслідків у складах кримінальних правопорушень, серед яких суспільно-небезпечні наслідки які безпосередньо зазначені в з диспозиції кримінального правової норми особливої частини КК України, суспільно-небезпечні наслідки, які випливають із змісту такого положення законодавства і встановлюється шляхом тлумачення положення особливої частини КК України. Аналізуючи положення ч.1 та ч.2 ст. 438 КК України варто зазначити, що досить таки вірними є погляди науковців які пропонують відносити вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі розграбування національних цінностей на окупованій території, а також спільно безпечного діяння передбачено частиною другою ст. 438 КК України до складів кримінальних правопорушень з матеріальним складом. Тобто для кваліфікації даних суспільно-небезпечних діянь, а також вирішення питання про наявність в діях особи ознак складу кримінального правопорушення, яке передбачене аналізованою нами нормою обов'язковою ознакою є настання суспільно-небезпечних наслідків [128, с.134-135; с.16].

Під час розгляду питання про розграбування національних цінностей на тимчасово окупованій території суспільно-небезпечні наслідки є обов'язковою ознакою аналізованого нами суспільно небезпечного діяння. У випадку кваліфікації суспільно-безпечного діяння за ч.2 ст. 438 КК України суспільно-небезпечні наслідки відіграють роль кваліфікуючої ознаки оскільки введення до кваліфікуючого складу злочину наслідків є підставою зазначати, що характер та обсяг спричиненої шкоди значно перевищують ступінь суспільної небезпеки злочинного посягання. Під час розгляду конструкції ч.2 ст. 438 КК України варто

зазначити, що законодавець передбачає обов'язковість настання суспільно небезпечного наслідку у формі смерті людини .

Підсумовуючи викладене можна зазначити, що під час вчинення суспільно-небезпечного діяння, передбаченого статтею 438 КК України можуть наставати різні суспільно-небезпечні наслідки, такі як тілесні ушкодження при жорстокому положенні військовополоненими або інші суспільно-небезпечні наслідки, які необхідно враховувати для проведення диференціації кримінальної відповідальності, зокрема шляхом передбачення в ст. 438 КК України кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих складів кримінальних правопорушень. Таким чином вважаємо, що ступінь суспільної небезпеки злочинного посягання, яке передбачається в ч.1 ст. 438 КК України може бути збільшений тільки шляхом його поєднання з умисним вбивством, а також підвищення ступеня суспільної небезпеки зазначеного діяння можливе з урахуванням інших важких наслідків що можуть входити до конструкції об'єктивної сторони складу аналізованого нами кримінального правопорушення.

Суспільно-небезпечне діяння у формі порушення законів та звичаїв війни може мати різні види суспільно-небезпечних наслідків. Пропонуємо провести аналіз основних видів суспільно-небезпечних наслідків, які передбачені в доктрині кримінального права України а також розглядалися науковцями під час аналізу питання об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни а саме:

- суспільно небезпечні наслідки, у вигляді нанесення шкоди об'єктам історичної культурної спадщини, а також іншим об'єктам що перебувають під особливим захистом;
- суспільно-небезпечні наслідки, пов'язані з завданням великої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу;
- суспільно небезпечні наслідки, які стали причиною настання інших тяжких наслідків вчинення аналізованого кримінального правопорушення.

Фахівці, які займалися дослідженням питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, серед яких Є.В. Фесенко

неодноразово зазначали, що у випадку, якщо наслідку надано кваліфікуюче значення під час оцінки суспільно-небезпечного діяння такий наслідок у жодному випадку не повинен виступати оціночним поняттям, а повинен бути відображений чітко у положенні КК України шляхом вимірювання або конкретного якісного визначення суспільно-небезпечного наслідку, як шкоди яка заподіюється внаслідок вчинення кримінального правопорушення [216, с.118].

Під час вирішення питання про суспільно-небезпечні наслідки під час вчинення порушення законів та звичаїв війни потрібно пам'ятати про те, що під час бойових дій правомірним є нанесення шкоди воюючим сторонам а саме комбатантам, і таке нанесення шкоди не може розглядатися порушенням законів та звичаїв війни, не інакше як у випадку наявності в діях особи яка заподіює шкоду ознак складу кримінального правопорушення [195].

Доцільно також зазначити що зустрічаються випадки, коли порушення законів та звичаїв війни містить загрозу настання тяжких наслідків або створення небезпеки настання суспільно-небезпечних наслідків. Представники кримінально-правової науки відносять небезпеку заподіяння шкоди до злочинних наслідків, оскільки суспільно-небезпечні наслідки відображають якісно новий стан за умови якого з'являються конкретні дії здатні заподіяти шкоду об'єкту кримінально-правової охорони. Суспільно-небезпечні наслідки знаходять свій вияв у вигляді шкоди, що заподіюється суспільно-небезпечним діянням охоронюваним законом суспільним відносинам, або реальна небезпека заподіяння шкоди таким суспільним відносинам. Варто також зазначити, що загрозу заподіяння шкоди суспільним відносинам потрібно оцінювати з точки зору реальності. Повернемося до питання погрози застосування способів та засобів війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права, наприклад застосування зброї масового знищення під час погрози вчинення такого кримінального правопорушення і можливості настання суспільно-небезпечного наслідку, відповідно необхідно оцінювати можливість

застосування суб'єктом кримінального правопорушення зброї масового знищення.

Передбачені статтею 438 КК України форми порушення законів та звичаїв війни відповідно передбачають можливість настання суспільно-небезпечних наслідків шляхом вчинення певного роду суспільно небезпечних діянь. Так обов'язковою ознакою суспільно-небезпечного діяння, а саме розграбування національних цінностей виступає настання суспільно-небезпечних наслідків у формі вилучення культурних цінностей і законного володіння. В даному випадку суспільно-небезпечні наслідки є обов'язковою ознакою основного складу вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі розграбування національних цінностей на тимчасово окупованій території. У суспільно-небезпечному діянні, передбаченому ч.2 ст. 438 КК України, а саме в випадку вчинення тих самих діянь, які передбачені в ч.1 ст. 438 КК України поєднаних з умисним вбивством, обов'язковою ознакою виступають суспільно-небезпечні наслідки у формі смерті особи, які в свою чергу згідно з позиції законодавства про виділення даної ознаки в кваліфікуючий склад кримінального правопорушення відіграють роль вже кваліфікуючої ознаки, яка обтяжує кримінальну відповідальність.

Проведене дослідження питання суспільно-небезпечних наслідків як ознаки об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни, дозволяє дійти висновку, що порушення законів та звичаїв війни належить до злочинів з формально-матеріальним складом. Для дослідження ознак об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни у формах передбачених ч.1 ст. 438 КК України, а також суспільно-небезпечного діяння передбаченого ч.2 ст. 438 КК України закон вимагає встановлення не тільки діяння але й настання необхідних суспільно-небезпечних наслідків. Окремі форми вчинення порушення законів зазвичай війни, які передбачені в ч.1 ст. 438 КК України потребують встановлення виключно тільки ознак суспільно-небезпечного діяння, тобто наявності в діях особи складу злочину порушення законів та звичаїв війни.

Конструкція ст. 438 КК України, а саме частини першої аналізованої статті дозволяє дійти висновку що дане суспільно-небезпечне діяння є кримінальним правопорушенням з комбінованим складом злочину, оскільки в аналізованому нами кримінальному правопорушенні поєднуються форми вчинення суспільно-небезпечного діяння, згідно з яких для визнання наявності у діях особи закінченого складу кримінального правопорушення доцільним є встановлення виключно наявності ознак суспільно-безпечного діяння, а в окремих випадках вчинення даного злочину у формі розграбування національних цінностей на окупованих територіях суспільно небезпечне діяння є закінченим з моменту настання суспільно небезпечних наслідків.

Враховуючи велику суспільну безпеку даного кримінального правопорушення законодавець здійснив поєднання в ч.1 ст. 438 КК України суспільно-небезпечних діянь з формальним та матеріальним складом злочину, а вже як кваліфікуючу ознаку виділив вчинення діянь, передбачених в частині першій аналізованої статті, поєднане з умисним вбивством як злочин з матеріальним складом. Для визначення ознак закінченого злочину існує чітка необхідність встановлення єдності ознак суб'єктивної та об'єктивної сторони кримінального правопорушення. Таким чином під такою єдністю виступає завершальна стадія вчинення суспільно-небезпечного діяння, тобто той момент коли суспільно-небезпечне діяння може визнаватися закінченим кримінальним посяганням. Згідно кримінального права України остання стадія вчинення кримінального правопорушення відповідно поглинає попередні стадії вчинення такого правопорушення і вони не мають значення для кваліфікації, за основу кримінально-правової кваліфікації береться закінчене кримінальне правопорушення, оскільки всі стадії вчинення кримінального правопорушення мають за мету заподіяння шкоди одному і тому самому об'єкту кримінально-правової охорони [124, с.196].

Оскільки під час аналізу складу злочину передбаченого ст. 438 КК України, визначено що дане суспільно-небезпечне діяння розглядається як комбінований склад злочину, а саме передбачає форми вчинення зазначеного

суспільно-небезпечного діяння, згідно з яких порушення законів та звичаїв війни визнається злочином з матеріальним складом обов'язковою ознакою об'єктивної сторони кримінального правопорушення є необхідність ***встановлення причинно-наслідкового зв'язку між суспільним небезпечним діянням і суспільно небезпечними наслідками вчинення кримінального правопорушення***, який пов'язує спільне безпечне діяння та суспільно-небезпечні наслідки і є обов'язковою ознакою складів кримінальних правопорушень з матеріальним складом. У кримінально-правовому значенні передбачається що злочинний наслідок породжується суспільно-небезпечним діянням суб'єкта злочину [224, с.434].

Дослідженням питання наявності причинно-наслідкового зв'язку між суспільно-небезпечним діянням та суспільно-небезпечними наслідками займалася провідна група науковців кримінально-правового циклу, якими розроблено декілька теорій причинно-наслідкового зв'язку воєнних злочинів. Спробуємо провести аналіз деяких таких теорій.

Згідно з першою теорією, а саме теорії еквівалентної причетності можна зазначити, що суспільно-небезпечне діяння нерозривно пов'язане із суспільно-небезпечними наслідками і визначається, що суспільно-небезпечні наслідки є обов'язковою умовою, без якої не можна оцінювати суспільно небезпечне діяння. Другою є теорія адекватної причетності. Третьою вступає теорія необхідного спричинення, в основу даних теорій покладені різні філософські погляди та концепції і створюють можливість наукового обґрунтування питання причинно-наслідкового зв'язку у кримінальному праві [144 с.95-126]. Згідно з доктрини кримінального права України суспільно-небезпечні наслідки можуть ставитися у вину особі лише у випадку якщо вони перебували у причинно-наслідкового зв'язку з суспільно небезпечним діянням і є безпосередньо результатом його вчинення. Встановлення причинно-наслідкового зв'язку під час оцінки суспільно-небезпечного діяння дає можливість з'ясувати питання, яке суспільно-небезпечне діяння викликало суспільно-небезпечні наслідки які підлягають аналізу та кваліфікації в процесі оцінки складу кримінального правопорушення.

Виходячи з загальноприйнятої в кримінальному праві теорії, необхідного спричинення зазначимо, що оскільки причинно-наслідковий зв'язок є об'єктивною категорією, його визначення повинно відбуватися на основі об'єктивних закономірностей. Зазначимо, що його присутність ні в якому разі не можна визначати суб'єктивним моментом і така присутність причинно-наслідкового зв'язку не залежить від того що з такого приводу думає особа якою вчинено суспільно небезпечне діяння [203, с.137].

Аналізуючи причинно-наслідковий зв'язок, згідно з теорією необхідно спричинення можна зазначити що причинно-наслідковий зв'язок, як обов'язкова ознака об'єктивної сторони вчинення порушення законів та звичаїв війни у злочині з матеріальним складом є обов'язковим у випадку, якщо суспільно-небезпечне діяння передуює суспільно-небезпечному наслідку за часом вчинення. Якщо діянню внутрішню властива реальна можливість настання суспільно-небезпечного наслідку, і якщо у конкретних умовах обстановки, місця та часу вчинення кримінального правопорушення така реальна можливість перетворюється в явище об'єктивної дійсності, таке діяння породжує суспільно небезпечний наслідок, який повинен породжуватися саме аналізованим діянням як результат його закономірного розвитку, а не діями інших осіб або інших зовнішніх сил. Конструкція ч.2 ст. 438 КК України побудована з використанням поняття «поєднання», що в свою чергу є показником причетності однієї ознаки порушення до іншої зокрема ідеться про поєднання діянь передбачених в ч.1 ст. 438 КК України з вчиненням умисного вбивства. Зв'язок під час вчинення порушення законів та звичаїв війни у формах з матеріальним складом кримінального правопорушення найчастіше характеризується наявністю численних ланок між діянням і суспільно небезпечними наслідками. На наш погляд це пов'язано з тим що порушення законів та звичаїв війни за своєю конструкцією виступає складним злочином і передбачає що в більшості випадків суб'єкт складу злочину готується до вчинення таких дій, і вчинення здійснюється іноді на виконання певних планів та завдань. Таким чином створюється певна система вчинення порушення законів та звичаїв війни. Зокрема у Вироку

Нюрнберзького воєнного трибуналу було зазначено що використання цивільного населення окупованих держав, з метою залучення до рабської праці урядом Німеччини розглядалося як невід'ємна частина військової економіки і такий уряд організував та планував даний воєнний злочин до найдрібнішої деталі [172, с.373].

При вчиненні аналізованого нами кримінального правопорушення передбаченого ч.2 ст. 438 КК України суспільно-небезпечний наслідок у формі смерті потерпілого може бути поставлений у вину особі лише у випадку, якщо він перебував у причинно-наслідкового зв'язку з її дією або бездіяльністю при вчиненні аналізованого складу злочину у формі порушення правил поведження з військовополоненими або цивільною особою яке поєднується з умисним вбивством потерпілого. Вбивство може бути вчинено як шляхом дії так і бездіяльності, в даному випадку як і дія так і бездіяльність є продовженням попереднього суспільно-небезпечного діяння передбаченого диспозицією основного аналізованого нами складу злочину, а настання смерті потерпілого у даному випадку може бути наслідком як дії винної особи у формі вчинення прямого посягання на життя потерпілого так і наслідком того що винна особа вчинивши, наприклад, дії пов'язані жорстоким поведженням з потерпілим поставила потерпілого без його волі в небезпечне становище для його життя і здоров'я і мала умисел на позбавлення життя потерпілого, а також умисно вживає необхідних заходів щодо допущення можливості факту настання смерті потерпілого [202, с.40].

З метою позбавлення життя потерпілої особи суб'єктом злочину може бути застосований як психологічний так і фізичний примус, а також знаряддя речовини, та механізми, які виступають засобами та знаряддями вчинення кримінального правопорушення. При вчиненні порушення законів та звичаїв війни у формі віддання наказу на вчинення дій передбачених ч.1 ст. 438 КК України, які поєднані з умисним вбивством особа, яка віддала такий наказ в залежності від характеру вчиненого нею суспільного небезпечного діяння, виступає організатором або підбурювачем до вчинення аналізованого суспільно-

небезпечного діяння, передбаченого ч.2 ст. 438 КК України, яке вчинено підлеглим на виконання явно злочинного наказу. Під час розгляду даного положення можна зазначити, що вчинений злочин є результатом діяльності та активної поведінки всіх співучасників вчинення суспільно-небезпечного діяння, а сам суспільно-небезпечний наслідок даного суспільно-безпечного діяння, у вигляді смерті потерпілого є основним із неподільних суспільно-небезпечних наслідків для усіх співучасників кримінального правопорушення, оскільки між діями таких співучасників і порушенням законів та звичаїв війни яке заподіяло смерть потерпілому є причинно-наслідковий зв'язок [203, с. 225].

Причинно-наслідковий зв'язок у вчиненні кримінального правопорушення передбаченого ст. 438 КК України, а саме порушення законів та звичаїв війни, у формі вчинення даного кримінального правопорушення, яка наділена матеріальним складом суспільно-небезпечного діяння характеризується наявністю певного проміжку у часі між дією і суспільно-небезпечними наслідками. Такі проміжки можуть бути як великими так і досить таки короткими. Шкідливий наслідок від радіоактивного опромінення може проявлятися як одразу так і через деякий час. Суспільно-небезпечні наслідки у випадку застосування хімічної або бактеріологічної зброї також можуть призводити до летальних наслідків як і відразу так і протягом певного часу, оскільки з моменту потрапляння в організм мікробіологічних або інших частин, які покликані викликати інфекційні хвороби здатні до швидкого і масштабного розмноження але все ж їм потрібен час для зараження людини [217, с.175].

Під час розгляду питання причинно-наслідкового зв'язку під час вчинення порушення законів та звичаїв війни варто розглядати декілька варіантів причинового ланцюжка між діяннями та суспільно-небезпечними наслідками, а саме по-перше, діяння, внаслідок його закономірного розвитку безпосередньо породжує суспільно-небезпечні наслідки, по-друге, діяння закономірно породжує друге явище, яке своєю чергою зумовлює настання суспільно-небезпечних наслідків, по-третє, діяння одного суб'єкта спричиняє діяльність іншого суб'єкта, яке в свою чергу породжує настання суспільно-небезпечних

наслідків і по-четверте, одночасні діяння двох або більше суб'єктів закономірно породжують один суспільно-небезпечний наслідок [216, с.129].

Проблемним в теорії кримінального права залишається визначення причинно-наслідкового зв'язку при вчиненні суспільно-небезпечного діяння у формі бездіяльності. Є точки зору згідно, з яких, автори заперечують причетність бездіяльності, спрямованої на запобігання настанню суспільно-небезпечного наслідку. М.Д. Шаргородський зазначав, що бездіяльність самостійно не здатна заподіяти шкоди і така бездіяльність не породжує результат у формі суспільно-небезпечного наслідку, тому на відміну від суспільно небезпечного діяння вона не причетна до настання суспільно небезпечного наслідку [222, с.42]. Є точка зору, згідно з якою невчинення певних дій не породжує причинно-наслідкового зв'язку а також немає свого наслідку у формі суспільно-небезпечних наслідків вчинення кримінального правопорушення [74, с.184]. Спробуємо розглянути також теорію, згідно з якою бездіяльність тягне за собою зміни у зовнішньому світі і в такому випадку злочинна бездіяльність є рівноцінною до дії, зокрема варто зазначити що бездіяльність тотожна суспільно-небезпечному діянню за своїми соціальними та юридичними властивостями, оскільки як і внаслідок дії так і бездіяльності рівноцінно відбуваються зміни, які породжують настання суспільно-небезпечних наслідків. Тому підсумовуючи викладене вище та підтримуючи позицію більшості представників кримінально-правової доктрини, звертаючи увагу на суспільну безпеку воєнних злочинів, а саме порушення законів та звичаїв війни зазначаємо, що аналізований склад кримінального правопорушення може бути вчинений як шляхом бездіяльності, так і у формі активної поведінки, дії. У випадку вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі бездіяльності суспільно-небезпечні наслідки настають як факт об'єктивної дійсності, при якій бездіяльність є пасивною формою поведінки особи. Бездіяльність може бути визнана як причина смерті цивільної особи або військовополоненого тільки у випадку коли зазначений суспільно-небезпечний наслідок мав свою підставу у вчиненому злочині, передбаченому ч.2 ст. 438 КК України і був його необхідним результатом. В частині 2 ст. 438 КК України

прямо йдеться про поєднання діянь, передбачених диспозицією ч.1 ст. 438 КК України, тобто різних форм порушення законів та звичаїв війни у тому числі жорстокого поводження з жертвами війни з умисним вбивством. В такому випадку мова в більшості буде іти про свідоме поставлення потерпілого від вчинення злочину у ситуацію або становище у якому створюються пряма дійсна загроза життю та здоров'ю такої особи [144, с.219].

Події збройного конфлікту Російської Федерації та України містять багато випадків вчинення порушення законів та звичаїв війни, поєднаних з умисним вбивством. Одним з таких випадків можна визначити події лютого 2022 року. Пропонується розглядати дану справу як «справу Шешимаріна». Згідно обставин даної справи російські військовослужбовець ОСОБА 1 за наказом іншого військовослужбовця збройних сил Російської Федерації ОСОБИ 2 вчинив вбивство ОСОБИ 3, яка не створювала жодної небезпеки, а саме була неозброєною, одягнутою в цивільний одяг, здійснювала рух дорогою в напрямку населеного пункту велосипедом .

Іншим прикладом аналізу судовими органами вчинення умисного вбивства під час порушення законів та звичаїв війни можна визначити Ухвалу Деснянського районного суду міста Чернігова від 21 липня 2022 року у справі № 750/3452/22. Відповідно до матеріалів справи, у період з 3 по 4 березня 2022 року ОСОБА 1 разом з іншою ОСОБОЮ 2 будучи озброєними автоматичною зброєю, виконуючи накази вищого військового керівництва збройних сил Російської Федерації перебували у селі Ягідне Чернігівського району Чернігівської області. Під час такого перебування зазначені особи здійснювали залякування людей яке супроводжувалося погрозами щодо застосуванням вогнепальної зброї, і помістили мешканців села в приміщення підвалу школи, де їх насильно утримували проти їхньої волі. Приміщення підвалу школи не було обладнане жодними засобами вентиляції а також не передбачало можливості доступу свіжого повітря. Зазначене приміщення було позбавлене засобів природного та штучного освітлення, у ньому був відсутній водопровід, а також система водовідведення, вбиральня, а також будь-які меблі для сидіння або можливості

обладнання на них спальних місць, та місць для приготування. Через антисанітарні умови таке приміщення визнано непридатним для нормального проживання. Зазначимо, що в таке приміщення було поміщено 347 людей серед яких 77 дітей. Таке приміщення зазначених осіб створювало загрозу її життю та здоров'ю. Через нелюдські умови утримання а також жорстоке поводження з боку військовослужбовців Російської Федерації ОСОБИ 1 та ОСОБИ 2, у період з 9 до 28 березня 2022 року в с. Ягідному померло вісім осіб з числа цивільного населення. ОСОБУ 1 обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення передбаченого частиною другою ст. 438 КК України, а саме у вчиненні жорстокого поводження з цивільним населенням і порушенні законів та звичаїв війни що передбачені міжнародними договорами згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України які поєднані з умисним вбивством [213].

В матеріалах Нюрнберзького воєнного трибуналу неодноразово зазначалося, що цивільні особи які знаходилися в концентраційних таборах і внаслідок жорстокого поводження отримали важкі захворювання або каліцтво, в подальшому знищувалися в газових камерах або відправлялися в спеціальні концентраційні табори, де вони не отримували жодного медичного обслуговування і помирали. Таким чином варто зазначити що мова йде про ненадання допомоги особі яка перебуває в небезпечному для життя стані, або залишення особи в небезпеці відповідно зазначимо, що такі діяння не можуть утворювати склад злочину передбачений частиною другою ст. 438 КК України і потребують додаткової кваліфікації за окремими положеннями особливої частини КК України [174, с.375-379].

Проводячи комплексний аналіз об'єктивної сторони суспільно-небезпечного діяння передбаченого статтею 438 КК України, а саме порушення законів та звичаїв війни варто зазначити що важливе значення для кваліфікації такого діяння мають ознаки місця, часу, обстановки а також способів та засобів вчинення кримінального правопорушення, відповідно першочергово варто зазначити що у випадку якщо місце, час та обстановка вчинення кримінального

правопорушення визначені законодавцем як обов'язкові ознаки об'єктивної сторони складу злочину [89].

*Під місцем вчинення порушення законів та звичаїв війни, саме під час розгляду питання про таку форму вчинення порушення законів та звичаїв війни, як розграбування національні цінності а також вигнання цивільного населення для примусових робіт можна визначити окуповану територію, що впливає з положень ч.1 ст. 438 КК України [159, с. 32]. Тому дана ознака об'єктивної сторони в даному випадку є обов'язковою, і має значення для кримінально-правової кваліфікації. Враховуючи те що місце вчинення кримінального правопорушення не є обов'язковою ознакою для усіх діянь передбачених як форми вчинення порушення законів та звичаїв війни, а також те що застосування терміну «окупована територія» значно звужує місце вчинення кримінального правопорушення, як порушення законів та звичаїв війни зазначимо що пропозиція певних представників кримінально-правової науки стосовно виключення з диспозиції аналізованої нами ст. *словосполучення на окупованій території* є досить таки слушною і зможе спростити кримінально-правову кваліфікацію, оскільки не завжди при вчиненні діянь передбачених у диспозиції ст. 438 є можливість доведення факту встановлення окупаційного режиму на певній території. Для визнання такої території окупованою також варто зазначити, що врахування такої ознаки, як територія інших держав буде обов'язковою для форм порушення законів та звичаїв війни таких як завдання шкоди культурній чи природній спадщині або реквізиція культурних цінностей. Передбачається що така ознака, як територія іноземної держави виступає обов'язковою ознакою для кваліфікації суспільно-небезпечних діянь з передбаченими нами вищих формами [102]. Оскільки порушення законів та звичаїв війни як і більшості воєнних злочинів здебільшого характеризується розгалуженою системою суспільно-небезпечних діянь вчинюваних на досить таки великій території, а іноді навіть на території декількох держав. Місце вчинення кримінального правопорушення не завжди збігається з місцем настання суспільно небезпечних наслідків у випадках розгляду злочинів з*

матеріальним складом. Наприклад, якщо ми розглядаємо питання застосування зброї масового знищення або масового ураження відповідно можна передбачити, що вчинення суспільно-небезпечних діянь які пов'язані з підготовкою та пуском ракет далекого радіусу дії, боеголовки якої містять отруйні речовини і можуть спричинити шкоду цивільному населенню або військовополоненим здійснюється на одній території, а шкода заподіюється на зовсім іншій території яка є віддаленою у часі і просторі від моменту початку вчинення кримінального правопорушення і до моменту настання суспільно-небезпечних наслідків [19 р.281].

Розглядаючи таку ознаку об'єктивної сторони як *час вчинення суспільно-небезпечного діяння* при порушенні законів та звичаїв війни варто зазначити що це певний проміжок часу протягом якого проводиться вчинення порушення законів та звичаїв війни, а саме час збройного конфлікту. Час вчинення порушення законів та звичаїв війни є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони оскільки аналізований нами склад злочину а саме порушення законів зазвичай війни вчиняється виключно під час ведення бойових дій, в окремих випадках можливе вчинення даного злочину до моменту оголошення бойових дій що виступає суттєвим порушенням норм міжнародного гуманітарного права які стосуються порядку початку та перебігу збройних конфліктів [19р.281].

Доцільно також розглянути питання, в якому значенні застосовуються словосполучення «збройний конфлікт» у конструкції ст. 438 КК України, зокрема законодавець застосовує в більшості випадків під час аналізу воєнних злочинів терміни війна, воєнний конфлікт, воєнні дії збройний конфлікт тощо, у міжнародному праві перевага надається терміну збройний конфлікт, що зумовлюється в свою чергу [104]. Як термінологічним так і юридичними причинами, зокрема таке словосполучення збройний конфлікт впливає з Рішення Комісії міжнародного права 1949 року, яке стосувалося виключення слова «війна» з усіх попередніх рішень Генеральної Асамблеї ООН, оскільки у випадку оголошення війни поза законом регламентація її перебігу стає неможливою [4, р.3].

*Під війною варто розуміти стан справ між двома державами або між групами держав або між державою і групою держав, що в більшості випадків характеризується розривом, або повним припиненням дипломатичних відносин, з подальшим зупиненням застосування загальних норм міжнародного права та норм міжнародного гуманітарного права, а також супроводжується насильницькими діями, навіть якщо такі дії насправді не відбуваються.* Поняття збройного конфлікту покликане охоплювати більш широкий спектр збройних ситуацій ніж поняття «війна» до якого зокрема належить збройний конфлікт лише міжнародного характеру. Визначаючи поняття збройного конфлікту Міжнародний кримінальний суд зазначає що збройний конфлікт має місце у кожному випадку, коли держави застосовують силу, або якщо відбувається тривалий збройний конфлікт між збройними силами і організованими збройними групами або між такими групами всередині однієї держави [48, с.230].

Термін «війна» є більш вживаним на практиці, але все ж він позначає менше коло суспільно-небезпечних діянь, і відповідно застосування словосполучення збройний конфлікт охоплює, як збройні конфлікти міжнародного так і не міжнародного характеру, є більш прийнятним з метою використання для позначення бойових дій між воюючими державами. Варто також зазначити що у випадку вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі жорстокого поводження з військовополоненими або вигнання цивільних осіб, відповідно можна ввести мову, що такий злочин починає вчинятися як і під час війни, так і після її закінчення, а саме до звільнення таких осіб з полону та передачі державі громадянами якої вони є [25, р.70.].

Підсумовуючи викладене варто зазначити та звернути увагу на необхідності розгляду під час аналізу об'єктивної сторони кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни таких ознак як обстановка вчинення кримінального правопорушення та час вчинення суспільно-небезпечного діяння у їх сукупності.

З метою проведення аналізу багатьох кримінальних правопорушень у формі порушення законів та звичаїв війни важливе значення має визначення

способу вчинення діяння, а саме сукупності прийомів і способів та методів що використовуються для вчинення злочину [152, с.128;]. Під час проведеного нами дослідження сформульовано тезу що існує багато способів вчинення порушення законів та звичаїв війни, які в певній мірі є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони складу суспільно небезпечного діяння, оскільки такі суспільно-небезпечні діяння прямо передбачені в диспозиції ст. 438 КК України. Враховуючи велику суспільну небезпечність кримінального правопорушення передбаченого ст. 438 КК України встановлення способів у кожній окремій справі про порушення законів та звичаїв війни, є обов'язковим елементом розслідування вчинення даних порушень. Особливою рисою об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни для вчинення даного порушення у формі жорстокого поводження з військовополоненими та цивільним населенням що, передбачає заподіяння потерпілому особливих страждань варто розглядати, як особливості способу або обстановки вчинення суспільно-небезпечного діяння. Способи вчинення порушення законів та звичаїв війни безпосередньо впливають на те що суспільно-небезпечне діяння визначене, як особливо небезпечне та віднесене до міжнародних кримінальних правопорушень. Таким чином під час розслідування воєнних злочинів на практиці досить таки часто виникають проблеми та складності щодо визначення способу вчинення певного воєнного злочину.

Також непересічне значення для визначення ознак об'єктивної сторони окремих форм вчинення порушення законів та звичаїв війни мають засоби вчинення злочину, зокрема положення ст. 438 КК України передбачає, що порушенням законів та звичаїв війни, а також застосування засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного права. Відповідно ж до норм міжнародного гуманітарного права такі способи та засоби, серед яких хімічна зброя протипіхотні міни бактеріологічна зброя, зброя масового знищення передбачені у спеціальних міжнародних договорах і відповідальність за застосування таких способів та засобів окремо передбачено положеннями особливої частини КК України, наприклад у випадку застосування зброї масового знищення, таке

діяння підлягає кваліфікації за статтею 439 КК України як випадок конкуренції загальної норми передбачені в ст. 438 КК України та спеціальної норми яка передбачена в ст. 439 КК України.

## Висновки до розділу 2

Вивчення об'єктивних ознак порушення законів та звичаїв війни дає можливість сформулювати наступні висновки та пропозиції:

По-перше, порушення законів та звичаїв війни розглядається як суспільно небезпечне діяння, відповідальність за яке передбачено положеннями чинного КК України а також міжнародними договорами України.

По-друге, під родовим об'єктом даного суспільного небезпечного діяння варто розглядати певну групу охоронюваних положеннями КК України суспільних відносин які забезпечують мир а також дотримання загальноприйнятих правил та звичаїв ведення війни, або інших збройних конфліктів як міжнародного так і не міжнародного характеру.

По-третє, основним безпосереднім об'єктом даного суспільно-небезпечного посягання виступають суспільні відносини які забезпечують дотримання загальновизнаних правил ведення бойових дій, які поставлені під охорону ст. 438 КК України. Виходячи з аналізу конструкції частини першої ст. 438 КК України доцільно зазначити що законодавцем передбачається ряд суспільно-небезпечних діянь, які розглядаються як порушення законів та звичаїв війни. Передбачені в ст. 438 КК України суспільно-небезпечні діяння є альтернативними і у випадку вчинення особою хоча б одного з таких діянь застосовується кримінальна відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни.

По-четверте, під час вчинення порушення законів та звичаїв війни шкода заподіюється учасникам суспільних відносин, серед яких можна розглядати як окремих осіб так і групи людей або юридичних осіб. Такі учасники суспільного відношення якому заподіюється шкода під час вчинення порушення законів та звичаїв війни завжди виступають потерпілими від злочину.

По-п'яте, під додатковим обов'язковим об'єктом аналізованого нами суспільно-небезпечного діяння прийнято розглядати суспільні відносини що забезпечують життя та здоров'я жертв війни, а також суспільні відносини які покликані регулювати відносини власності тощо. Додатковий об'єкт порушення

законів та звичаїв війни прямо взаємопов'язаний з формою вчинення даного суспільно-небезпечного діяння.

По-шосте, під предметом злочину, законодавча конструкція якого передбачена статтею 438 КК України варто розглядати речі цивільного призначення які наділені певними властивостями з якими пов'язується наявність в діях особи ознак конкретного кримінального правопорушення. Окремо зазначимо що воєнні об'єкти не можуть бути об'єктом цього злочину.

По-сьоме, об'єктивна сторона аналізованого нами суспільно-небезпечного діяння характеризується різноманіттям суспільно-небезпечних діянь, вчинення будь-якого з них самостійно утворює об'єктивну сторону порушення законів та звичаїв війни.

По-восьме, виходячи з аналізу об'єктивної сторони складу злочину порушення законів та звичаїв війни, аналізовані нами суспільно-небезпечні діяння виступають кримінальним правопорушенням з формальним матеріальним складом. Так суспільно небезпечне діяння, передбачене частиною першою аналізованої нами ст. КК України є злочином з формально-матеріальним складом, а кваліфікований вид даного суспільно-небезпечного діяння, який передбачений частиною другою ст. 438 КК України є злочином з матеріальним складом оскільки з метою визнання даного суспільно-небезпечного діяння закінченим посяганням законодавцем передбачено не тільки вчинення діяння а й настання суспільно небезпечних наслідків .

По-дев'яте розглядаючи місце вчинення порушення законів та звичаїв війни варто зазначити, що дана ознака об'єктивної сторони виступає обов'язковою тільки для окремих форм вчинення даного суспільно-небезпечного діяння.

По-десяте, час вчинення аналізованого нами суспільно-безпечного діяння виступає обов'язковою ознакою об'єктивної сторони, оскільки згідно з законодавчою конструкції ст. 438 КК України передбачається відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни тільки під час війни.

По-одинадцятє, під час розгляду питання обстановки вчинення кримінального правопорушення варто зазначити, що дана ознака є обов'язковою для об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення виключно у випадку вчинення даного суспільно небезпечного діяння без оголошення війни або у випадках вчинення порушення законів та звичаїв війни після закінчення війни.

## РОЗДІЛ 3. СУБ'ЄКТИВНІ ОЗНАКИ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ»

### 3.1. Суб'єкт складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни»

Суб'єкт складу злочину виступає обов'язковим елементом складу будь-якого суспільно небезпечного діяння. Встановлення ознак суб'єкта складу злочину має важливе значення в процесі здійснення кримінально-правової кваліфікації вчиненого особою суспільно небезпечного, оскільки у випадку відсутності хоча б однієї з ознак суб'єкта складу злочину визнається відсутнім склад злочину, що має своїм наслідком відсутність складу злочину загалом. Визначення суб'єкта складу злочину пройшло довготривалу історію розвитку. Слід зазначити, що в КК 1960 р. поняття «суб'єкт складу злочину» було відсутнім. В чинному КК України поняття суб'єкта складу злочину виділено в розділі VI «Особа, яка підлягає кримінальній відповідальності (суб'єкт злочину)» [Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 №3441-III [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14.>]. Історія розвитку поняття суб'єкта злочину є досить таки багатогранною, починаючи з визнання суб'єктом складу злочину не тільки людей, але і предметів матеріального світу, тварин, явищ природи (вітер, повінь, темрява), і закінчуючи законодавчим закріплення визнання суб'єктом складу злочину людини.

Враховуючи сучасний стан кримінально-правової науки, можна констатувати існування наявності великої кількості підходів до визначення суб'єкта складу злочину. Спробуємо проаналізувати основні з них.

Н.П. Грабовська визначала суб'єкт складу злочину як фізичну осудну особу, яка досягла встановленого законодавством віку. Дане визначення чітко визначає наявність таких ознак суб'єкта складу злочину як вік, а отже і осудність. Недоліком даного формулювання виступає відсутність зв'язку особи з

можливістю вчинення нею злочину [71, с.78-79]. Професор М.С. Таганцев визначав поняття суб'єкта складу злочину як людину, яка характеризується комплексом біологічних ознак, до яких професор відносить стан психіки, за яким визначається осудність чи неосудність особи [204, с.79]. Дане визначення також не позбавлене недоліків, оскільки воно спрямоване на характеристику особи злочинця, але не відображає обов'язкового зв'язку такої особи з конкретним суспільно небезпечним діянням. Є серед науковців і теорія, за якою суб'єктом злочину визнається особа, яка вчинила передбачене законом України про кримінальну відповідальність суспільно небезпечне діяння, та наділена комплексом ознак, визначених КК України [58, с.87].

Професор С.В. Бородін зазначав, що суб'єктом злочинного діяння може виступати не будь-яка особа, а тільки особа, яка володіє передбаченими законом про кримінальну відповідальність ознаками (вік та осудність) [35,с.67-68]. Визнання суб'єктом складу злочину особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, осудна та наділена спеціальними ознаками, передбаченими в нормах КК України наводила професор Н.Ф.Кузнецова [130, с.67]. П.С. Матишевський зазначав, що суб'єктом складу злочину слід вважати фізичну особу, яка вчинила заборонене законодавством діяння, ознаки якого передбачені в КК України, досягла віку з якого може наставати кримінальна відповідальність, і така особа усвідомлювала суспільну шкідливість вчинюваного нею діяння [152, с.123].

Так чи інакше всі підходи науковців до визначення об'єкта складу злочину наділені схожими ознаками, що свідчать про певну ідеологічну єдність концепцій даного поняття. Відповідно до законодавчого визначення суб'єкта складу злочину, передбаченого в ч.1 ст.18 КК України, слід вважати фізичну осудну особу, яка вчинила злочин у віці з якого відповідно до КК України може наставати кримінальна відповідальність [125].

Відповідно до положень доктрини кримінального права України прийнято виділяти загальний та спеціальний суб'єкт складу злочину. На думку професора В.К. Грищука, під загальним суб'єктом складу злочину слід розуміти фізичну

особу, яка вчинила передбачене законом України про кримінальну відповідальність суспільно-небезпечне діяння у стані осудності, і на момент вчинення злочину досягла віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність і відповідно не наділена будь-якими додатковими, спеціальними ознаками, яка має кримінально-правове значення [81, с.251]. Під спеціальним суб'єктом складу злочину на думку науковця прийнято розуміти фізичну осудну особу, яка вчинила злочин у віці з досягненням якого може наставати кримінальна відповідальність та додатково наділена спеціальною ознакою. Відмінність даних категорій полягає саме у наявності чи відсутності специфічних ознак суб'єкта складу злочину, які передбачені в положеннях КК України.

Стаття 438 КК України безпосередньо не згадує в своєму тексті про суб'єкта вчинення порушення законів та звичаїв війни. Особлива частина КК України в нормах передбачає суб'єктів вчинення кримінальних правопорушень лише в окремих випадках зокрема під час розгляду злочинів вчинених військовослужбовцями або військовозобов'язаними під час проходження служби або відповідних зборів. Незважаючи на те що законодавець не передбачає чітких ознак суб'єкта порушення законів та звичаїв війни а також не називає його в кримінально-правовій нормі він передбачає ряд знаків який свідчить саме про те що вчинення даного злочину може здійснюватися різними категоріями осіб серед яких такі які мають право віддавати накази на вчинення воєнних дій [44, с.107].

Першочерговими під час розгляду питання суб'єкта порушення законів та звичаїв війни є питання визначення суб'єкта воєнних злочинів. Дотримуємося думки що загальним суб'єктом воєнного злочину вважається будь-яка людина незалежно від будь-яких демографічних расових соціальних майнових або інших характеристик яка вчинила суспільне небезпечне діяння, а саме воєнний злочин підлягає кримінальній відповідальності за нормами міжнародного гуманітарного права.

Таким чином суб'єктом вчинення порушення законів та звичаїв війни може бути насамперед тільки фізична особа яка досягла на момент вчинення віку з досягненням якого особа може визнаватися суб'єктом вчинення злочину. Однією з обов'язкових ознак суб'єкта вчинення порушення законів є фізична осудність особи варто зазначити що осудною визнається особа, яка на момент вчинення злочину могла усвідомлювати свої дії або бездіяльність і відповідно могла а керувати ними. Дана ознака суб'єкта кримінального правопорушення також виступає юридичною передумовою вини та кримінальної відповідальності [44, с.108-109].

Наступною ознакою суб'єкта вчинення порушення законів та звичаїв війни виступає вік суб'єкта вчинення злочину що розглядається. Таким чином суб'єктом вчинення порушення законів та звичаїв війни є фізична осудна особа яка на момент вчинення злочину досягла 16-річного віку. Варто також зазначити що Міжнародний кримінальний суд не може згідно свого статуту розглядати справи стосовно осіб які не досягли 18-річного віку на момент вчинення суспільно-небезпечного діяння [112, с.177-178].

Серед представників кримінально-правової науки позиціонується думка, згідно з якою потрібно диференціювати вік з досягненням якого особа може виступати суб'єктом відповідальності за вчинення певних суспільно-небезпечних діянь, які охоплюються складом злочину порушення законів та звичаїв війни, а саме враховуючи необхідність наявності спеціальних знань для використання а також коригування високоточної зброї досягнення особою на момент вчинення 16-річного віку не може відповідати твердженню, що на момент вчинення злочину у особи були знання а також вміння коригування та використання такої високоточної зброї, у випадку наприклад вчинення порушення законів звичаїв війни шляхом застосування способів та засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права [74., с.483]. Підсумовуючи викладене варто зазначити, що в кримінальному кодексі України доцільно розглянути питання про підвищення віку, з досягненням якого,

*особа може нести кримінальну відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни до 18 років.*

Відповідно до положень КК України поряд із загальним суб'єктом вчинення суспільно-небезпечного діяння законодавець пропонує розглядати також спеціального суб'єкта вчинення суспільно-небезпечного діяння, зокрема відповідно до положення КК України спеціальним суб'єктом суспільно-небезпечного діяння є фізична осудна особа яка вчинила у віці з якого може наставати кримінальна відповідальність злочин, суб'єктом якого може бути лише певна особа. Спеціальний суб'єкт від загального відрізняється наявністю додаткових спеціальних ознак які визначені КК України. На думку представників доктрини кримінального права ознаки спеціального суб'єкта певною мірою є обмежувальними, оскільки вони покликані визначити, що той чи інший злочин може вчиняти не будь-яка особа, а тільки особа яка наділена певними ознаками [124, с.152]. Таким чином можна зазначити що вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі віддання наказу про вчинення діянь передбачених ч.1 ст. 438 КК України можуть бути вчинені виключно службовою особою, яка має повноваження віддавати відповіді накази.

Статут міжнародного кримінального суду а також практика воєнних трибуналів, а саме Нюрнберзького та Токійського воєнного трибуналів визначають принцип індивідуальної кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни. Зокрема Статут Нюрнберзького воєнного трибуналу прямо передбачає, що за вчинення порушення міжнародного права особа підлягає індивідуальній відповідальності. Статут Токійського воєнного трибуналу передбачає, що керівники, які брали участь у попередній розробці плану, який передбачав ведення бойових дій і під час їхнього введення було вчинено воєнні злочини або злочини проти миру чи злочини проти людяності також несуть відповідальність за вчинення воєнних злочинів. Зазначене положення було застосовано до деяких обвинувачених у вчиненні кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни, зокрема до колишнього міністра німецького рейху Фріка з приводу вчинення евтаназії, яка

широко була поширена у лікарнях і притулках, які перебували у його відданні [15, р. 321]. Зокрема матеріали даних воєнних трибуналів визначають, що будь-який член уряду, компетенція якого поширюється на військовополонених має відповідати за злочини вчинені проти таких військовополонених, якщо він знав про вчинення щодо військовополонених злочинів і не вживав або не вжив жодних заходів, щоб зупинити такі порушення правил поведінки з військовополоненими, які передбачені Женевською конвенцією та Додатковими податковими до неї [24]. За таким принципом воєнною комісією США японський генерал Ямашита був засуджений до смертної кари 7 грудня 1945 року, за те що в період окупації Філіппін не вжив необхідних заходів щодо попередження випадків вчинення насильства, а також масових вбивств цивільного населення вчинення самосуду і інших воєнних злочинів.

Серед представників науки кримінального права України існує також позиція згідно з якою фізична особа не може бути суб'єктом воєнного злочину. Представники даної концепції посилаються у своїх поглядах на заперечення принципу міжнародної правосуб'єктності фізичної особи, а саме зазначають, що кримінальна відповідальність фізичних осіб за злочини міжнародного характеру є одним із проявів політичної відповідальності держави яка втрачає юрисдикцію щодо своїх громадян [113, с.26]. Дана позиція є досить таки цікавою та потребує детального дослідження, але аналізуючи положення міжнародного кримінального права а також Римського статуту міжнародного кримінального суду відповідно до якого суб'єктом відповідальності визначається особа яка вчинила суспільно небезпечне діяння а тому суб'єктом міжнародного права також повноцінно, в рамках міжнародної відповідальності варто вважати фізичну особу. У випадку вчинення воєнних злочинів часто виникає питання щодо відповідальності держави та конкретних осіб. Під час розгляду на Нюрнберзькому воєнному трибуналі «справи Олендорфа» представники воєнного трибуналу зазначили, що нації можуть діяти виключно через індивідуумів, і у випадку якщо Німеччина підписала, а також ратифікувала Гаазькі та Женевські конвенції вона зобов'язується самостійно, а також

зобов'язує кожного зі своїх підданих дотримуватися принципів які задекларовані в даних конвенціях. Відповідачі постають перед судом не як представники переможеної нації, а як суб'єкти вчинення кримінального правопорушення.

Специфічна обстановка під час вчинення воєнних злочинів, а саме під час вчинення порушення законів та звичаїв війни, а також специфіка засобів і знарядь вчинення кримінального правопорушення свідчить про те що даний делікт може бути вчинений насамперед особами, які мають певні можливості щодо цього, тобто наприклад які покликані виконувати певні функції та обов'язки, наприклад у таборі військовополонених або цивільних осіб. Якщо ж розглядати використання способів засобів ведення війни заборонених нормами міжнародного права то варто зазначити, що часто іде мова про осіб, які мають дозвіл а також можливість на роботу з такими засобами, які можуть виступати засобами ведення війни [181, с.127].

Таким чином можна зазначити що суб'єктом вчинення воєнного злочину також може виступати службова особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння у формі порушення законів та звичаїв війни використовувала своє службове становище. Дане питання чітко регулюється в доктрині кримінального права і знову ж таки визначається чіткими правилами кваліфікації суспільно-небезпечних діянь у випадку сукупності злочинів, тобто оскільки у поведінці особи існує реальна сукупність злочинів за ознакою суб'єкта кримінального правопорушення.

Порушення законів та звичаїв війни може також бути вчинене особою, яка має особливе фахове становище та фахові обов'язки, що в юридичній літературі отримало назву «спеціально зобов'язана особа» [74, с.489-513].

До спеціального зобов'язаних осіб серед інших варто віднести такі категорії осіб як: по-перше, лікарі які наприклад мають справу і працюють з жертвами війни, по-друге, оператори озброєння, діяльність яких пов'язана з експлуатацією відповідного засобу ведення війни, по-третє, юристи, які зобов'язані виконувати свої функціональні обов'язки з дотримання законів та звичаїв війни [74, с.489]. Для наявності складу кримінального правопорушення

спеціальним суб'єктом ознаки якого характеризують особливо фахове становище необхідно встановити чи вчинявся воєнний злочин з застосуванням особливих фахових вмінь та навичок, а також фахових обов'язків.

У диспозиції ст. 438 КК України порушення законів та звичаїв війни вчинене у формі віддання відповідного наказу, законодавець передбачає разом з іншими формами суспільно-небезпечних діянь, які становлять собою порушення законів та звичаїв війни службової особи, а також його підлеглого. Теорія кримінального права передбачає поширену серед науковців думку, згідно з якою підлеглий, який виконав злочинний наказ керівника визнається співучасником, а саме співвиконавцем злочинного діяння. Таким чином вважаємо що злочинні діяння службової особи, як і спеціально зобов'язаної особи за вчинення порушення законів та звичаїв війни потребують посиленої відповідальності і визначення як кваліфікуючої ознаки цього суспільно-небезпечного діяння, на наш погляд має своїм наслідком виключення з складу основного кримінального правопорушення передбаченого статтею 438 КК України положення щодо його вчинення у формі віддання наказу про вчинення визначених дій. Пропонується визначити спеціальним суб'єктом злочину, що розглядається лише військового начальника або відповідного керівника організованого руху опору, але дане положення буде звужувати коло осіб які визнаються спеціальними суб'єктами які можуть вчинити порушення законів та звичаїв війни а також така позиція не відповідає положення міжнародного гуманітарного права які покликані регулювати питання відповідальності за вчинення воєнних злочинів.

Практика міжнародних збройних конфліктів, а також тенденція до збільшення кількості випадків вчинення воєнних злочинів свідчить про велику суспільну небезпеку аналізованого нами суспільного небезпечного діяння яке передбачене статтею 438 КК України. Особливої небезпеки набуває одна з форм вчинення воєнних злочинів а саме порушення законів та звичаїв війни, які вчиняється із застосуванням способів та засобів, які заборонені нормами міжнародного права. Призюмується, що підготовка до вчинення даного злочину, а саме розробка виробництво а також застосування засобів ведення війни, які

заборонені нормами міжнародного гуманітарного права здійснюється безпосередньо за погодженням з органами державної влади певної держави у віданні якої перебувають засоби ведення війни заборонені нормами міжнародного права а також заборонене озброєння. Хоча із виробництвом виготовленням, а також розповсюдженням такої зброї, яка заборонена нормами міжнародного гуманітарного права пов'язана досить таки велика кількість осіб, і відповідно така зброя може завдати ураження противнику на яке навіть не здатні цілі загони або військові угруповання, але право розпорядження такої зброєю а саме віддання наказу про її застосування знаходиться в руках обмеженого кола військових діячів, а також чиновників які можуть виступати суб'єктом вчинення даного суспільно-небезпечного діяння [188, с.376]. В такому випадку представники органів державної влади виступають організаторами вчинені порушення законів та звичаїв війни. Під час наприклад розгляду питання про відповідальність за вчинення атомного бомбардування міст Хіросіма та Нагасакі у 1965 році суд Токіо визнав його як порушення законів та звичаїв війни, а особи які віддали наказ на застосування ядерної зброї в тому числі президент США і вищі американські керівники у сфері військової та оборонної сфери були визнані організаторами вчинення даного суспільно-небезпечного діяння [42,с.196].

Підсумовуючи викладене нами попереднє положення варто зазначити що серед науковців представників доктрини кримінального права України є поширеними погляди згідно з яких, суб'єктом злочину може виступати держава. У даному випадку думки вчених поділяються на два напрямки, а саме, з одного боку, визначається що суб'єктом суспільно небезпечного діяння може бути тільки фізична особа, а держава виступає виключно суб'єктом відповідальності за вчинення правопорушення, з іншої точки зору визначається відповідальність держави як колективна відповідальність політичних організмів за протиправне застосування органів державної влади а також посадових осіб які перебувають під владою держави. [179, с. 42]. Такі різновиди державної відповідальності не можуть носити характер особистої відповідальності. Однією з особливостей міжнародного гуманітарного права виступає те що за вчинення певних суспільно

небезпечних діянь виявляється так зване *несходження суб'єктів правопорушення і суб'єктів відповідальності*.

Підсумовуючи проведення нами дослідження суб'єкта вчинення порушення законів та звичаїв війни можемо зазначити, що визнання суб'єктом порушення законів та звичаїв війни, службових осіб відповідних органів та організацій, в тому числі і тих, що визнані злочинними можуть виступати суб'єктами вчинення порушення законів та звичаїв війни. Сама ж держава виступає лише суб'єктом міжнародної кримінально-правової відповідальності, що в свою чергу і знаходить своє відображення в нормах міжнародного гуманітарного права а також положення Римського статуту Міжнародного Кримінального Суду. Зазначається що відповідальність держави за вчинення порушення законів та звичаїв війни може проявлятися у застосуванні до держави як політичних так і матеріальних засобів стягнення, у формі відповідних санкцій, реалізація політичної відповідальності може бути у формі обмеження політичного суверенітету держави або в тимчасовому введенні політичного контролю над частиною території держави або, і над усією територією держави, або в обмеження діяльності певних галузей держави, які можуть бути пов'язані з військово-промисловим комплексом. Стосовно матеріальної відповідальності то можемо зазначити що відповідно до положення Римського статуту міжнародного кримінального суду а також Гаазької конвенції і відповідно Додаткових протоколів до Гаазької конвенції, сторона порушник норм міжнародного гуманітарного права зобов'язується відшкодувати нанесені нею збитки, які були вчинені під час порушення законів та звичаїв війни або вчинення інших воєнних злочинів.

### **3.2. Суб'єктивна сторона складу злочину «Порушення законів та звичаїв війни»**

Питання суб'єктивної сторони вчинення порушення законів та звичаїв війни на практиці є елементом складу кримінального правопорушення, дослідженню якого у кримінально-правовій науці було відведено досить таки мало уваги. Враховуючи велику суспільну небезпеку вчинення порушення законів та звичаїв війни, а також те, що дане кримінальне правопорушення наділене ознаками міжнародного кримінального правопорушення, для оцінки якого застосовується положення норм міжнародного права варто зазначити що суб'єктивне ставлення особи до вчинюваного нею суспільно небезпечного діяння має свої характерні риси та ознаки. розглядаючи суб'єктивну сторону порушення законів та звичаїв війни варто відмітити, що суб'єктивна сторона вчинення аналізованого кримінального правопорушення виступає обов'язковим елементом даного суспільно-небезпечного діяння і полягає у психічному ставленні особи до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння. Суб'єктивна сторона кримінального правопорушення, передбаченого статтею 438 КК України нерозривно пов'язана з об'єктивними ознаками даного складу злочину [129, с.80]. Визначення питання суспільної небезпеки вчиненого кримінального правопорушення є однією з ознак суб'єктивної сторони вчинюваного діяння, встановлення ознак якої, є необхідним під час кримінально-правової класифікації вчинення дій особи як порушення законів та звичаїв війни а саме як оцінку дій особи як цілеспрямованого акту поведінки які супроводжуються вольовим характером, свідомим ставленням до суспільно небезпечних наслідків своїх дій та бездіяльності. Суб'єктивні ознаки суспільно-небезпечного діяння завжди знаходять свій вияв у зовнішньому протиправному діянні [44, с. 112].

З метою детальної оцінки суспільно небезпечного діяння вчиненого суб'єктом злочину необхідним виступає встановлення низки ознак, що характеризують осудність особи, яка вчинила злочин а також відображають її внутрішнє ставлення до події кримінального правопорушення.

Суб'єктивна сторона складу злочину виступає внутрішньою стороною злочину, а саме проявом психічних процесів, які протікають в свідомості суб'єкта складу злочину та характеризують волю особи яка вчинила або вчиняє суспільно-небезпечне діяння. Не всі психічні процеси належать до ознак суб'єктивної сторони складу злочину, а лише ті, в які визначають волю та бажання особи вчинити суспільно небезпечне діяння то ставлення такої особи до наслідків вчиненого нею правопорушення. В суб'єктивній стороні складу злочину виявляється психічне ставлення суб'єкта злочину до вчинюваного нею злочину та його наслідків.

Важливий внесок в теоретичне дослідження суб'єктивної сторони складу злочину здійснили Ю.В. Баулін, А.А. Музика, П.С. Дегель, А.І. Ророг, Д.П. Котов, М.І. Бажанов, А.В. Наумова та інші.

Так, професор А.І. Ророг зазначав, що під суб'єктивною стороною складу злочину слід розуміти психічну діяльність, яка безпосередньо пов'язана з процесом вчинення злочину. Інші науковці пропонують під суб'єктивною стороною складу злочину розглядати процес мислення та прагнення людини в яких проявляється її об'єктивна поведінка та інші зовнішні ознаки які безпосередньо пов'язані з вчиненням злочину. Подібне визначення пропонується професором В.І. Борисовим, який визначав суб'єктивну сторону складу злочину, як прояв внутрішньої сторони суспільно небезпечного діяння, а саме психічний вияв діяльності особи, що відображає ставлення такої особи до вчиненого нею суспільно-небезпечного діяння і до його наслідків [96, с.98].

Під суб'єктивною стороною складу злочину професор П.С. Матишевський, визначав процес мислинневої діяльності людини, що проявляється у бажанні особи настання суспільно небезпечних наслідків [28]. Аналогічне визначення простежується в кримінально-правовій літературі, відповідно до якого суб'єктивною стороною складу злочину є психічне ставлення суб'єкта злочину до вчинюваного нею діяння, яке проявляється у формах вини, мети, мотиву та емоцій [152, с.291].

Досить таки повно відображає характеристику суб'єктивної сторони складу злочину визначення наведене В.К. Грищуком, відповідно до якого під суб'єктивною стороною складу злочину необхідно розуміти один з елементів складу злочину що проявляється у сукупності певних ознак, які характеризують внутрішню сторону суспільно небезпечного діяння, тобто психічну компоненту поведінки особи, яка нерозривно пов'язана з вчиненням злочину [34, с.275]. Слід погодитися з думкою вченого, який пропонує ознаки суб'єктивної сторони складу злочину поділяти на обов'язкові та факультативні. Обов'язкові ознаки виступають необхідною складовою кожного без винятку складу злочину, передбаченого КК України. В свою чергу, факультативні ознаки суб'єктивної сторони складу злочину мають значення правильної кваліфікації суспільно небезпечного діяння, тобто виступають обов'язковими для врахування в процесі кваліфікації, тільки у випадку наявності в диспозиції ст. закону України про кримінальну відповідальність чіткої вказівки на такі ознаки, тобто врахування їх законодавцем при формулюванні норми КК України. До обов'язкових ознак складу злочину прийнято відносити вину, а до факультативних – мотив, мету та емоції. Слід погодитися з позицією науковців, відповідно до якої мотив та мета вчинення злочину передують вині, оскільки виникають до початкового моменту готування до вчинення злочину, а вина виникає з початком вчинення дій спрямованих на готування до вчинення злочину [45, с. 65-66].

Під виною слід розуміти обов'язкову ознаку суб'єктивної сторони складу злочину що виражає психічне ставлення особи, яка вчинила злочин до вчинюваного нею діяння (дії чи бездіяльності), передбаченої положеннями закону України про кримінальну відповідальність, а також наслідків такого діяння і виражається у формі умислу чи необережності [125]. Слід зазначити, що в кримінальному праві діє принцип «Nullum crimen sine culpa» (з лат. «немає злочину без вини») [81, с.277], згідно з яким всі суспільно небезпечні діяння характеризуються наявністю в діях особи, яка їх вчиняє вини. Спробуємо виділити основні ознаки вини, як кримінально-правового поняття. По-перше, вина – це обов'язкова ознака суб'єктивної сторони будь-якого складу злочину,

по-друге, вона виступає проявом психічного ставлення особи до вчинюваного нею діяння, по-третє, дане ставлення особи виражається у формі умислу чи необережності [81].

Характерними ознаками суб'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни є вина, мотив, та мета вчинення даного кримінального правопорушення. У доктрині кримінального права позиціонується теорії згідно з яких суб'єктивну сторону кримінального правопорушення утотожнюють із виною, яка на думку багатьох науковців в свою чергу складається з мети та мотивів вчинення кримінального правопорушення. Більшість вчених заперечують дану теорію, і зазначають що суб'єктивна сторона характеризується трьома ознаками, а саме виною, мотивом та метою кримінального правопорушення.

На наш погляд варто зазначити що мотив, мета а також вина є психологічними явищами, які наділені самостійним змістом жодне з яких не містить інших складових частин суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення. Зазначимо що усі ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення є взаємопов'язаними між собою, і використовуються під час формулювання вини, у формі умислу або необережності при вчиненні кримінального правопорушення.

Обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони кримінального правопорушення передбаченого статтею 438 КК України є вина, яка виступає обов'язковою ознакою даного кримінального правопорушення у формі порушення законів звичаїв війни. Під виною доцільно розглядати психічне ставлення особи до вчиненого нею суспільно небезпечного діяння, а також наслідків які настають як результат вчинення зазначеного суспільно-небезпечного діяння, і виражається вина у формі умислу або необережності. Виходячи з аналізу положень КК України а також доктрини кримінального права України можна зазначити що для складу злочину передбаченого статтею 438 КК України а саме порушення законів та звичаїв війни характерною є умисна форма вини. Дане твердження, яке передбачене в положеннях чинного КК України

відповідає зобов'язанням які взяла на себе Україна, як учасник Женевської конвенції Про захист жертв війни 1949 року, згідно з якої державам-учасникам цієї конвенції рекомендовано було привести національне законодавство відповідальність до норм міжнародного гуманітарного права, стосовно питання відповідальності осіб які, умисно порушують положення норм міжнародного гуманітарного права, а саме Женевської конвенції та Римського статуту Міжнародного Кримінального Суду [157, с.13, 16].

Варто зазначити, що під час аналізу суб'єктивної сторони такого кримінального правопорушення як порушення законів за звичаїв війни доцільно звернути увагу на те, що дане кримінальне правопорушення є порушення норм міжнародного гуманітарного права, і характеризується наявністю суб'єктивної сторони зі специфічними ознаками кримінального правопорушення. Так на думку В.М. Кудрявцева оцінювати суспільну небезпеку міжнародного кримінального правопорушення на підставі оцінки правосвідомості дій тих осіб, а також соціальних груп які самі його готують і здійснюють є абсолютно неправильним. Оцінка міжнародного кримінального правопорушення повинна мати об'єктивну міжнародно-правову основу, а саме норми і принципи міжнародного права які покликані регулювати питання відповідальності під час вчинення кримінальних правопорушень пов'язаних з порушенням законів та звичаїв війни, а саме міжнародних злочинів, які передбачають відповідальність за вчинення міжнародних кримінальних правопорушень, ким і де б вони не були вчинені [155, с.75]. Зазначимо що такі норми і принципи відображають політичне і правове усвідомлення народів, які не бажають брати участь у збройному конфлікті а також їхнє бачення практики введення бойових дій без заподіяння шкоди цивільному населенню.

Зазначимо що серед представників кримінально-правової науки точаться дискусії з питанням можливості вчинення даного кримінального правопорушення, як у формі прямого та не прямого умислу. Тому у юридичній літературі досить таки часто серед наукових панелей простежується концепція наявності так званої складеної або подвійної форми вини, під час вчинення

кримінального правопорушення порушення законів та звичаїв війни [74, с.327]. Науковці зазначають що під час оцінки суспільно-небезпечних діянь з подвійною формою вини можна простежити ситуацію коли вина у злочинній поведінці не обмежується лише умислом а й може появлятися у формі необережності [182, с.5].

Враховуючи те що дане кримінальне правопорушення яке передбачено ст. 438 КК України характеризується наявністю у діях особи умисної форми вини вести мову про застосування положення про змішану форму вини під час оцінки даного суспільно-небезпечного діяння буде на нашу думку помилковим.

Розглядаючи питання кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни варто звернути увагу на кількісний та якісний категорії вини. А саме ступінь вини, яка має практичне значення під час реалізації кримінальної відповідальності а також при виборі правозастосовним органом конкретного покарання а також міри покарання, яке застосовується до особи, яка вчинила кримінальне правопорушення також оцінці підлягає питання з якою формою умислу вчинялося суспільне небезпечне діяння, а саме чи це був заздалегідь обдуманий умисел чи такий що виник раптово, тобто ситуативний умисел [139]. Підкреслюючи попереднє наше дослідження варто зазначити що даний злочин, який передбачений ч.1 ст. 438 КК України розглядається як злочин з формально-матеріальним складом і доцільним є ввести мову про можливість *вчинення даного злочинного діяння як з прямим так і з не прямим умислом* [123, с.169].

При вчиненні порушення законів та звичаїв війни суб'єкт правопорушення чітко усвідомлює, що він внаслідок вчинення свого суспільно-небезпечного діяння порушує загальноприйняті міжнародні правила закони та звичаї ведення війни, а також бажає вчинення конкретного діяння визначеного положеннями міжнародних договорів згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також диспозицією основного складу кримінального правопорушення і свідомо припускає настання суспільно небезпечних наслідків такого діяння. При цьому звертаючи увагу на те що

наслідок такого суспільно-небезпечного діяння як виразу порушення законів та звичаїв війни може настати законодавець не визначає його як обов'язкову ознаку аналізованого нами складу кримінального правопорушення. Зазначене твердження чітко підкреслює важливість позиції вчених, які виключають можливість вчинення злочину з формальним складом з непрямим умислом [141, с.9; 121, с.169].

Серед провідних вчених юристів а також науковців кримінально-правового циклу висловлюються різні точки зору, згідно з яких під виною, під час розгляду суспільно-небезпечних діянь із формальним складом злочину варто розглядати психічне ставлення не тільки до суспільно-небезпечного діяння а й до суспільно небезпечних наслідків, стосовно яких можливий і непрямий умисел [139, 16 с., с.8-11].

Деякі науковці зазначають що особливістю кримінальних правопорушень з формальним складом, є те що форма вини в таких випадках визначається як психічне ставлення до діяння, а не до суспільно-небезпечних наслідків. Дана позиція підтверджується доктринальними твердженнями та положеннями науки Кримінального Права України, яка зазначає що непрямий умисел в таких випадках виключається, оскільки свідоме припущення стосується виключно суспільно-небезпечних наслідків вчинення суспільно-небезпечного діяння тобто дії або бездіяльності, які відповідно під час розгляду складів злочинів з формальним складом перебувають за межами об'єктивної сторони кримінального правопорушення. [139, с.11].

Під час вчинення особою порушення законів та звичаїв війни необхідно враховувати специфіку, а також зміст психологічних процесів коли особа відповідно, застосовуючи ті чи інші засоби ведення війни головним чином не бажає вчинення будь-якої іншої дії, крім порушення законів та звичаїв війни але через специфіку способів та засобів ведення війни така особа свідомо припускає можливість заподіяння шкоди іншим об'єктам кримінально-правової охорони. [192, с. 93-94]. Суб'єкт злочину також може заздалегідь підготувати план вчинення воєнних злочинів, або наприклад провести застосування засобів та

способів ведення війни заборонених нормам міжнародного права позапланово, в такому випадку особа може припускати та усвідомлювати суспільну небезпеку вчиненого нею кримінального правопорушення але не завжди бажати настання суспільно небезпечних наслідків.

Розглядаючи одну з форм вчинення порушення законів та звичаїв війни а саме, розграбування національних цінностей на тимчасово окупованій території а також вчинення суспільно небезпечного діяння передбаченого ч.1 ст. 438 КК України у випадку, якщо під час вчинення такого правопорушення заподіяно смерть фізичної особи можна зазначити, що дані правопорушення є злочинами з матеріальним складом і відповідно зміст вини встановить собою сукупність психічного ставлення особи до суспільно небезпечного діяння яке вона вчиняє а також до суспільно небезпечних наслідків, які настають або можуть настати внаслідок вчинення кримінального правопорушення. Психічне ставлення особи до вчинюваного нею суспільно небезпечного діяння можливе лише у формі умислу і при цьому такий склад злочину, як розграбування національних цінностей на окупованій території може бути вчинений виключно з прямим умислом, оскільки особа свідомо вчиняє дії, які покликані створити умови для заволодіння або переміщення певних матеріальних та культурних цінностей на тимчасово окупованій території [166, с.67].

Відповідно до положень міжнародного гуманітарного права можна сформулювати висновок, що оскільки у нормах міжнародного гуманітарного права а також міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України поняття форми вини, а саме умислу або необережності не згадується, проте сама природа більшості міжнародних кримінальних правопорушень виступає такою, що суспільно небезпечні діяння які складають такі правопорушення можуть бути вчинені тільки з умисною формою вини. Тому під час вчинення порушення законів та звичаїв війни особа усвідомлює характер та ступінь тяжкості суспільно-небезпечних діянь які вона вчиняє а також, бажає вчинення саме аналізованих суспільно небезпечних діянь.

Під час розгляду питання умислу, як ознаки суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення у формі порушення законів та звичаїв війни варто також розглядати два моменти, а саме інтелектуальний момент, який покликаний визначити зміст злочинного умислу, а також волювий момент який покликаний визначити спрямованість злочинного умислу.

Провівши аналіз положення Конституції України, КК України, а також інших нормативно-правових актів та положень доктрини кримінального права України, варто зазначити, що у випадку коли особа не усвідомлює кримінальну правову протиправність своїх діянь вона не звільняється від юридичної відповідальності. У випадку вчинення умисного злочину неусвідомлення особою протиправності своїх діянь підтверджує відсутність підстав для притягнення такої особи до кримінальної відповідальності [7].

Доцільно також зазначити, що під час роботи міжнародних трибуналів а саме Токійського та Нюрнберзького воєнних трибуналів обвинувачені стверджували, що не передбачали реальних масштабів вчинюваних ними злочинів. Деякі особи, які притягалися до кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни на судовому розгляді зазначали що розуміли, що наслідком небезпечних діянь, є численні людські жертви, наприклад таке твердження міститься в матеріалах справи щодо прем'єр-міністра Руанди Жана Комбанди який під час розгляду питання про його відповідальність за вчинені ним воєнні злочини був засуджений до довічного позбавлення волі.

Для визначення спрямованості, а також мети під час вчинення такого суспільно-небезпечного діяння, як порушення законів та звичаїв війни необхідним є встановлення мети, а також мотиву вчинення суспільно-небезпечних діянь, які виступають згідно з конструкції ст. 438 КК України факультативними ознаками суб'єктивної сторони розглядуваного нами умисного злочину порушення законів та звичаїв війни [40, с.184-193].

Під мотивом суспільно-небезпечного діяння варто розуміти обумовлене певними потребами або інтересами чітке усвідомлення особою наявності в неї внутрішнього спонукання, яке покликане викликати у такої особи намір вчинити

суспільно небезпечні діяння [140, с.74]. Згідно з положень доктрини Кримінального права України мотив виступає обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони кримінального правопорушення, у випадку якщо він безпосередньо передбачений в тексті диспозиції статті кримінально-правової норми або якщо у диспозиції щодо до нього не зазначено але наявність такого мотиву впливає з характеру самого суспільно-небезпечного діяння. Розглядаючи питання мети злочину варто зазначити, що дана категорія розглядається як уявлення особи про можливий та бажаний наслідок вчинення суспільно-небезпечного діяння. Мета є характерною ознакою суб'єктивної сторони умисних злочинів у тому числі і порушення законів та звичної війни, і так само як і в мотив кримінального правопорушення виступає обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони кримінального правопорушення тільки у випадку якщо вона прямо передбачена в диспозиції статті кримінального закону України, або впливає із тексту кримінально-правової норми особливої частини КК України [140, с.74-75] Мета вчинення злочину нерозривно пов'язана із мотивом вчинення суспільно-небезпечного діяння. Так при вчиненні порушення законів та звичаїв війни мотиви і мета можуть бути різними серед яких можливо простежити і корисливі мотиви, також расову та національну нетерпимість, прагнення відновлення псевдоісторичної справедливості, або встановлення примату одного народу над іншим. Положення чинного КК України а саме частина перша ст. 438 КК України і частина друга ст. 438 КК України не передбачають мотив і мету як ознаку суспільно-небезпечного діяння порушення законів та звичаїв війни не передбачаючи їх в тексті диспозиції статті кримінального закону.

Мета вчинення кримінального правопорушення тісно пов'язана з мотивом вчинення суспільно-небезпечного діяння. Таким чином у вчиненні порушення законів та звичаїв війни мотив та мета вчинення кримінального правопорушення можуть бути розподіленими, а саме кримінальне правопорушення в формі порушення законів та звичаїв війни може супроводжуватись корисливими мотивами, кар'єрськими спонуканнями, мотивом помсти, расової національної

або релігійний нетерпимості тощо. [132, с.306-307]. Диспозиція частини першої ст. 438 КК України не передбачає прямо мету або мотив порушення законів та звичаїв війни, тому, варто зазначити що на основі аналізу положень КК України мотив та мета вчинення кримінального правопорушення не є обов'язковою ознакою для кваліфікації порушення законів та звичаїв війни, а отже такі ознаки не є обов'язковими ознаками суб'єктивної сторони кримінального правопорушення. Встановлення мети та мотиву вчинення кримінального правопорушення є важливим для з'ясування змісту а також визначення спрямованості умислу суспільно-небезпечного діяння, також мотив та мета враховуються під час визначення ступеня тяжкості вчиненого суспільно-небезпечного діяння а також причин вчинення такого злочину і розміру покарання які відповідно суд визначає у випадку притягнення суб'єкта вчинення кримінального правопорушення до кримінальної відповідальності [1].

В доктрині кримінального права поширеною є теорія, згідно з якою оскільки мотив та мета вчинення порушення законів та звичаїв війни можуть впливати на ступінь тяжкості вчинення даного злочину існує можливість внесення законодавцем змін та доповнень до даного положення КК України, а саме в частині доповнення даної норми кваліфікуючими ознаками наприклад, *вчинення порушення законів та звичаїв війни з певними мотивами зокрема на ґрунті расової релігійної або національної нетерпимості тощо.*

Важливим прикладом судової практики в питанні розгляду відповідальності за порушення законів та звичаїв війни коли мотив та мета вчинення кримінального правопорушення були взяті до уваги при кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни є судовий процес над Токійськими воєнними злочинцями. Судом було зазначено, що особи які вчинили порушення законів та звичаїв війни під час вчинення даного суспільно-небезпечного діяння як прямо визначається у вирокі суду: вірили в долю призначену Японії: і кожен з таких осіб сприяв змові, яка підштовхнула Японію до збройної агресії по міру зростання цих змов їх вплив розповсюджувався на все більшу частину населення, дані особи задумували нові інтриги всередині

країни а також за її межами. Зазначені особи переслідували мету успіху а також концепцію домінування населення Японії над іншими державами, суд зазначає, що «патріотизм цих осіб є нерозривно пов'язаним із корисливим мотивами під час вчинення злочину». Неможливо розподілити де закінчується особисті міркування даних осіб, а де почали діяти соціальні сили які вимагали нових ринків та джерел збуту сировини що мало наслідком початок бойових дій [199, с.71-72].

Варто також зазначити що відповідно до матеріалів токійського та нюрнберзького воєнного трибуналу військові злочинці, які вчиняли воєнні злочини серед яких і порушення законів та звичаїв війни не брали до уваги можливість настання суспільно-небезпечних наслідків, вчинюваних ним дій а саме захоплення чужих земель, окупація територій, а також застосування способів та засобів війни заборонених нормами міжнародного гуманітарного права. Оскільки особа, яка вчиняє суспільно-небезпечне діяння у формі порушення законів та звичаїв війни керується прямим умислом і відповідно усвідомлює суспільно-небезпечний характер свого діяння, тобто дії або бездіяльність, така особа усвідомлює спосіб та обстановку вчинення злочину а також передбачає та розуміє суспільно небезпечні наслідки, які настають як результат вчиненого діяння [10, р.24].

Таким чином, підсумовуючи викладене можна дійти висновку що суспільно-небезпечне діяння, які передбачені статтею 438 КК України, а саме порушення законів та звичаїв війни може бути вчинено виключно з умисною формою вини, з прямим або з непрямым умислом.

Оскільки дане суспільно-небезпечне діяння розглядають як склад злочину з формально-матеріальним складом відповідно сама конструкція норми передбачає ряд суспільно-небезпечних діянь, які становлять собою форми порушення законів та звичаїв війни. Можна зазначити що мова по прямий умисел йде у злочинах з формальним складом у яких особа усвідомлює суспільно безпечний характер своєї дії або бездіяльності та свідомо бажає вчинити таке діяння, або у злочинах з матеріальним складом коли особа усвідомлює суспільне

безпечний характер свого діяння передбачає настання суспільно небезпечних наслідків і свідомо бажає їх настання.

Враховуючи те що суспільно-небезпечне діяння, яке сформульоване законодавцем як порушення законів та звичаїв війни є в більшості форм вчинення матеріальним кримінальним правопорушення можна стверджувати про вчинення переважної більшості суспільно-небезпечних діянь які охоплюються формами вчинення порушення законів та звичаїв війни з прямим умислом. Суспільно-небезпечні наслідки, як ознака суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення можуть мати місце під час аналізу складу суспільно-небезпечного діяння, яке вчинила особа але виходячи з конструкції злочину передбаченого статтею 438 КК України суспільно-небезпечні наслідки знаходяться поза межами ознак суб'єктивної сторони встановлення яких, є необхідним для встановлення наявності у діях особи ознак складу даного кримінального правопорушення.

### **Висновки до розділу 3**

Проведений нами аналіз суб'єктивних ознак порушення законів та звичаїв війни дозволяє сформулювати наступні висновки:

По-перше, суб'єктивна сторона складу злочину порушення законів та звичаїв війни має важливе значення для встановлення наявності у діях особи ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого статтею 438 КК України, і вона істотно впливає на кваліфікацію дій особи, як порушення законів та звичаїв війни, а також на відмежування даного кримінального правопорушення від суміжних складів злочинів.

По-друге, аналізований нами склад злочину передбачений статтею 438 КК України може бути вчинений як з прямим так і непрямим умислом, але тільки з умисною формою вини.

По-третє, у зв'язку з тим що суспільно небезпечні наслідки є обов'язковою ознакою порушення законів та звичаїв війни як складу злочину з матеріальним складом при вчиненні такої форми даного злочину, як розграбування

національних цінностей на окупованій території а також при поєднанні діянь передбачених ч.1 ст. 438 КК України з умисним вбивством, законом передбачається визначення психічного ставлення особи до вчинюваного нею суспільно-небезпечного діяння і суспільно-небезпечних наслідків.

По-четверте, відповідно до доктрини кримінального права України яка розглядає мотив і мету порушення законів та звичаїв війни факультативними ознаками суб'єктивної сторони складу злочину встановлення даних ознак не є обов'язковим для кваліфікації дій особи, як порушення законів та звичаїв війни, а може мати значення для оцінки ступеня суспільної небезпеки вчиненої особою діяння, а також визначення міри покарання за вчинення порушення законів та звичаїв війни.

По-п'яте, порушення законів та звичаїв війни з суб'єктного складу виступає складом злочину який вчиняється загальним суб'єктом, тобто фізичною осудною особою, який до моменту вчинення кримінального правопорушення виповнилося 16 років. Розглядаючи питання відповідальності за порушення законів та звичаїв війни у формі віддання наказу на вчинення злочинних дій, передбачених ч.1 ст. 438 КК України відповідальності підлягають службові особи які мають повноваження віддавати зазначені накази. У випадку, якщо ж діяння передбачено частиною другою ст. 438 Кримінального кодексу вчиняється особою у віці від 14 до 16 років така особа повинна нести кримінальну відповідальність за умисне вбивство.

По-шосте, як кваліфікуючу ознаку даного складу злочину, запропоновано розглядати вчинення порушення законів та звичаїв війни з боку службових осіб, а також з боку осіб спеціально зобов'язаних на вчинення певних дій. Окремо пропонується збільшити вік особи яка може бути суб'єктом порушення законів та звичаїв війни до 18 років.

По-сьоме, пропонується розглядати питання міжнародної правової відповідальності держави за вчинення порушення законів та звичаїв війни, зокрема, підтверджено тезу згідно з якою держава може виступати виключно суб'єктом міжнародно-правової політичної або іншої відповідальності.

#### **РОЗДІЛ 4. ВІДМЕЖУВАННЯ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ ВІД ІНШИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ТА КАРАНІСТЬ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ**

Порушення законів та звичаїв війни наділене рядом спільних рис із загально-кримінальними правопорушеннями, оскільки частина об'єктивних та суб'єктивних ознак цих правопорушень можуть збігатися. Таким чином такі кримінальні правопорушення, як умисне вбивство незаконне позбавлення волі, завдання тілесних ушкоджень, катування, захоплення заручників, зґвалтування, незаконне заволодіння майном, та інші можуть у одних випадках бути визнані воєнними, а в інших загально-кримінальними злочинами. Розглянемо основні елементи питання розмежування порушення законів та звичаїв війни від інших кримінальних правопорушень. Одним із критеріїв розмежування зазначених груп кримінальних правопорушень, є *контекстуальні елементи*, під яким прийнято розуміти зв'язок між збройним конфліктом і вчиненням злочину що передбачає наявність збройного конфлікту, а також усвідомлення суб'єктом суспільно-небезпечного діяння, його існування. Якщо в аналізованому діянні наявний контекстуальний елемент вчинення за певних обставин доцільно кваліфікувати за статтею 438 КК України Якщо такі контекстуальні елементи відсутні, вчинене діяння потрібно кваліфікувати за іншими статтями КК України.

Під час розгляду питання відмежування порушення законів та звичаїв війни від інших кримінальних правопорушень, варто дослідити питання *конкуренції кримінально-правових норм*. Таким чином зазначено якщо вчинене діяння повністю охоплюється статтею 438 КК України правила щодо конкуренції кримінально-правових норм і насамперед конкуренції загального та спеціальної норми не застосовуються, таким чином зґвалтування чи умисне вбивство як воєнний злочин повністю охоплюється статтею 438 КК України в незалежності від наявності кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак, які потребують додаткової кваліфікації за статтями 152 або 115 КК України.

Зазначимо, що на практиці є певні винятки, вони виникають у зв'язку з наявністю інших норм що містять підстави кримінально-правової відповідальності за вчинення воєнних злочинів. пропонуємо розглянути дані винятки з правил :

- Мародерство, яке вчиняється суб'єктом кримінального правопорушення передбаченого статтею 401 КК України, кваліфікується виключно за статтею 432 КК України.

- насильство, вчинене над населенням в районі проведення воєнних дій, якщо воно вчинене не суб'єктом кримінального правопорушення передбаченого статтею 401 КК України, кваліфікуються виключно за статтею 433 КК України.

- Погане поводження з військово-полоненими, вчинене суб'єктом кримінального правопорушення яке передбачене статтею 401 КК України, кваліфікується виключно за статтею 434 КК України. Окремо варто відмітити випадки якщо внаслідок жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням суб'єктом кримінального правопорушення яке передбачене статтею 401 КК України, вчинено умисне вбивство, таке діяння кваліфікується за частиною другою ст. 438 КК України.

- Вчинення незаконного використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею, вчинене суб'єктом кримінального правопорушення яке передбачене статтею 401 КК України, кваліфікуються виключно за статтею 435 КК України

- Застосування зброї масового знищення кваліфікується виключно за статтею 439 КК України.

Зазначимо що перелічені нами винятки в більшості випадків стосуються воєнних злочин, які ймовірно законодавцем помилково поміщено серед військових злочинів. Розділ 19 основною відмінністю, яка дозволяє відмежувати кримінальні правопорушення, які передбачені статтями 432 433 434 та 435 КК України від порушення законів та звичаїв війни, яке передбачено статтею 438 КК України, полягає у суб'єкті, ознаки якого чітко визначені у ст. 401 КК України, зазначимо що в даному випадку мова йде про українських військовослужбовців

під час несення або проходження військової служби, або резервістів та військовозобов'язаних під час проходження військових Зборів.

Розглянемо питання *сукупності кримінальних правопорушень*. Так, у випадках якщо вчинене особою суспільно-небезпечні діяння порушує одразу дві різні кримінально-правові норми, так наприклад у випадку якщо член збройних сил сторони міжнародного збройного конфлікту внаслідок вчинення одного свого діяння вбиває і особу з числа цивільного населення, і власного командира, який намагався завадити вбивству першого потерпілого вчинене має кваліфікуватися як ідеальна сукупність злочину, передбачена відповідно статтею 438 КК України і загально-кримінального чи військового злочину.

Розгляд питання призначення покарання за вчинення порушення законів та звичаїв війни нерозривно пов'язаний з питанням ефективності застосування кримінально-правових норм. Аналіз ефективності застосування положень про кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни ґрунтується на загальнотеоретичних дослідженнях проблематики застосування кримінально-правових норм, а також передбачає визначення критерію покращення дієвості правових норм. Зазначимо що ефективність законодавства прямо залежить від багатьох факторів серед яких і якість нормативно-правового регулювання, його логічність, послідовність, гнучкість, точність та доступність. Серед науковців відсутні єдиний підхід до поняття дієвості правових норм. Так дієвість правових норм, на думку одних авторів, втілюється у здатності правової норми забезпечити досягнення соціально-корисної мети, а також здійснювати вплив на суспільні відносини в потрібному суспільно-корисному напрямку. Другі під ефективністю правових норм розуміють оптимальність законодавства, а також точність та суспільну корисність від регулювання певних суспільних відносин. Треті, пов'язують ефективність правових норм з результативністю їх дії на практиці.

Видається що розглядаючи поняття ефективності та дієвості правових норм слід брати до уваги усі перелічені вище підходи, а ефективність правових норм розглядати як багаторівневу категорію. Зазначимо що норма законодавства

може бути дієвою на практиці виключно у випадку чіткого законодавчого закріплення основних положень які покликані регулювати механізм реалізації такої правової норми, а також доступності та зрозумілості тексту норми права, визначення основних питань які розглядаються в даній нормі. Існує велика кількість чинників, які сприяють ефективності застосування положення про кримінальну відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни. Зазначимо що основним чинником який визначає ефективність положень ст. 438 КК України виступає повнота викладу правової норми. Так зокрема зумовлює проблеми в процесі застосування положення про кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни відсутність у ст. 438 КК України положення, в якому зазначалося що саме варто розуміти під порушенням законів та звичаїв війни, також проблеми та суперечності під час застосування аналізованої нами норми КК України викликає наявність банкетної диспозиції ст. 438 КК України, згідно з якою для з'ясування усіх суспільно-небезпечних діянь а також їх ознак, які охоплюються даною нормою КК України існує необхідність звернення до міжнародних договорів згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, а також норм міжнародного гуманітарного права, міжнародних нормативно-правових актів, які покликані регулювати безпекову ситуацію в сучасному світі. Аналізуючи дані Єдиного державного реєстру судових рішень, можна зазначити що станом на зараз спостерігається досить таки висока кількість Вироків судів у справах про порушення законів та звичаїв війни. Зазначимо що дана ситуація правозастосування невід'ємно пов'язана з подіями на території України збройного конфлікту з Російською Федерацією, який викликаний анексією Російською Федерацією певних територій України. Також зазначимо що станом на зараз можна навести близько 75 Вироків судів у справах про порушення законів та звичаїв війни, і близько трьох сотень кримінальних проваджень під час яких розслідується вчинення аналізованого нами складу злочину. Зазначимо що до 2022 року практично вважалося що положення кримінального закону про відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни виступає «мертвою нормою», яка

не передбачає застосування своїх положень на практиці. На жаль, у зв'язку з збройною агресією Російської федерації на території України дана ситуація докорінно змінилася, і станом на зараз ми спостерігаємо практику на наш погляд так званого «навчання» правозастосоного органу у застосуванні положень ст. 438 КК України а також кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни.

Спробуємо сформулювати основні вимоги які можна навести на основі аналізу положень доктрини кримінального права України, які ставляться до санкції ст. 438 КК України під час правозастосування: першою є вимога про відповідність санкції статті ступеню тяжкості вчиненого суспільно-небезпечного діяння, по-друге санкція аналізований нами статті передбачає перелік видів покарань, які застосовуються за вчинення передбаченого в диспозиції ст. кримінального закону діяння, по-третє, санкція передбачає нижню та верхню межу покарання за вчинення порушення законів та звичаїв війни, по-четверте встановлений перелік а також діапазон покарань відповідає суспільні небезпечності вчиненого діяння. Для визначення відповідності санкції ст. 438 КК України поставленим до неї вимогам варто підтримати думку професора І.М. Гальперіна, який зазначав що тільки практика застосування кримінального закону дає можливість прогнозувати об'єктивність відображення суспільно-небезпечних діянь та відповідальність за їх вчинення у нормі чинного законодавства, практика виступає дієвим проявом «життя» правової норми в оточуючій дійсності. З метою проведення аналізу позиції суддівської гілки влади в питанні санкції ст. 438 КК України спробуємо навести статистику призначення покарань за вчинення порушення законів та звичаїв війни на прикладі простого складу злочину передбаченого в частині першій ст. 438 КК України. доцільно констатувати факт досить таки невеликої кількості Вироки у провадженнях про порушення законів та звичаїв війни, але зазначимо що така ситуація чітко пов'язується з перебуванням держави у певному політичному стані, а саме у стані війни, коли є необхідність кваліфікації дій військовослужбовців іншої держави

ознаки яких відповідають положенню про воєнні злочини, а саме про порушення законів та звичаїв війни.

Спробуємо провести аналіз на найбільш правильно сконструйованих Вироках у справах про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни з точки зору окремих форм вчинення даного суспільно-небезпечного діяння, які законодавець використовує під час кваліфікації суспільно-небезпечного діяння яке вчинене особою, і яке становить собою склад порушення законів та звичаїв війни.

У Вироку Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15 грудня 2021 року у справі № 243/6186/20 зазначається, що учасник незаконного збройного формування Донецької народної республіки (ДНР) громадянин України ОСОБА 5, застосовуючи фізичне та психічне насильство, зокрема шляхом вчинення погрози розстрілу цивільній ОСОБИ 8, та військовополоненому ОСОБИ 9 а також застосувавши удари прикладом у спину ОСОБИ 9 змусив їх виконувати роботи господарського характеру, а також паралельно здійснював відео-фіксацію імітації розділу цивільної ОСОБИ 10. Діяння ОСОБИ 5 були кваліфіковані за частиною 5 ст. 27, частиною першою ст. 438 КК України як жорстоке поводження з військовополоненим або цивільним населенням. Особі, обвинуваченій у вчиненні даного кримінального правопорушення було призначене покарання, у вигляді позбавлення волі на строк 9 років і остаточне покарання за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених частиною першою ст. 258-3 частиною п'ятою ст. 27 а також частиною першою ст. 438 КК України - позбавлення волі на строк 11 років [59].

Окремо пропонуємо розглянути практику призначення за вчинення порушення законів та звичаїв війни покарання у вигляді довічного позбавлення волі.

Відповідно до Вироку Солом'янського районного суду міста Києва від 23 травня 2022 року у справі № 760/2 57/22 військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 10 з метою виконання злочинної вказівки невідомої особи, умисно здійснив декілька прицільних пострілів у ділянку

голови цивільної, неозброєної ОСОБИ 15, внаслідок чого настала смерть останнього від отриманого поранення. Дії особи були кваліфіковані судом, як *порушення законів та звичаїв війни яке передбачено частиною другою ст. 51, пунктом «а», частини третьої ст. 85 Додаткового протоколу № 1, як порушення законів та звичаїв війни, яке поєднане з умисним вбивством*, тобто частина друга ст. 438 КК України. за вчинення даного діяння особі було призначене покарання у вигляді довічного позбавлення волі.

Відповідно до Вироку Октябрського районного суду міста Полтави від 9 червня 2022 року у справі № 554/3925/22, особа, учасник незаконного збройного формування Донецької народної республіки (ДНР) громадянин України ОСОБА 7 здійснив незаконне захоплення та розграбування належних підприємств автомобілів. Такі дії особи були кваліфіковані як *порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України*, тобто за частиною першою ст. 438 КК України. Судом, за вчинення даного кримінального правопорушення, було застосоване покарання у вигляді позбавлення волі на строк 8 років і остаточне покарання за сукупністю кримінальних правопорушень передбачених частиною другою ст. 111, частиною другою ст. 260, частиною другою ст. 438 позбавлення волі на строк 15 років з конфіскацією усього майна [58].

Практика застосування положень частини першої ст. 438 КК України передбачає також розгляд справ про *інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України*. Зокрема складність кваліфікації такого суспільно-небезпечного діяння полягає у тому що під час визначення суспільно-небезпечного діяння, а також його ознак, необхідних для встановлення наявності у діях особи ознак складу кримінального правопорушення, є необхідність звертатися до аналізу положень міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Так наприклад у Вироку Октябрського районного суду міста Полтави від 13 червня 2022 року у справі № 554/39-54/22 було зазначено, що учасник незаконного збройного формування Донецької

народної республіки (ДНР) громадянин України ОСОБА 7 спільно з іншими учасниками незаконного збройного формування вчинив порушення вимог ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4.11.1950, та ст. 32 Женевської конвенції з метою залякування проукраїнсько-налаштованих осіб з числа місцевого населення з корисливим мотивом, а також з метою недопущення їх спротиву, та придушення наявного спротиву підрозділам збройних сил Російської Федерації, а також незаконного збройного формування Донецької народної республіки, здійснив незаконне проникнення до володіння ОСОБИ 16, в якому під час проведення обшуку житлового приміщення вчинив розбійний напад на ОСОБУ 16, заволодівши майном останнього. Дії зазначеної особи суд кваліфікував як *інше порушення законів та звичаїв війни що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України*, тобто за частиною першою ст. 438 КК України, відповідно застосування підлягає покарання у вигляді позбавлення волі на строк 8 років, остаточне призначення судом покарання за сукупністю кримінальних правопорушень, які передбачені частиною другою ст. 111, частиною другою ст. 260, частиною першою ст. 438 КК України а саме позбавлення волі на строк 15 років з конфіскацією усього майна. [64].

Нерідко судова практика пов'язана з розглядом питання кваліфікації дій особи, як нападу на цивільний об'єкт. Вирок Тиснянського районного суду міста Чернігова від 8 серпня 2022 року у справі № 750/28 91/22, згідно з якого військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 10 отримавши наказ здійснив прицільний постріл осколково-фугасним снарядом калібру 125 мм. по житловому багатоповерховому будинку, як по об'єкту що не є військовою цілью, та не використовується для військових потреб. Зазначені Дії особи були кваліфіковані як напад на цивільний об'єкт, атака житлового будинку, тобто, як форма *порушення законів та звичаїв війни що передбачені статтею 52 Додаткового протоколу № 1 та статтею 25 Положення про закони і звичаї війни на суходолі, які є додатком до четвертої Конвенції про закони та звичаї сухопутної війни від 18.10.1907 року*, зазначені діяння кваліфіковані за частиною

першою ст. 438 КК України, і винній особі призначене покарання у вигляді позбавлення волі на строк 10 років. [61].

Досить часто судова гілка влади розглядає питання про кваліфікацію дій особи, як порушення законів та звичаїв війни, які передбачені міжнародними договорами України, і які вчинені за попередньою змовою групою осіб. прикладом такого судового розгляду є Вирок Шевченківського районного суду міста Києва від 3 серпня 2022 року у справі № 761/140 35/22, згідно з якого військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 1 разом з іншими військовослужбовцями збройних сил Російської Федерації після отримання наказу від ОСОБИ 4 здійснили проникнення до приватного будинку з метою пошуку та подальшого вилучення мобільних телефонів, комп'ютерної техніки, а також іншого цінного майна. Особи проникли до зазначеного будинку, звідки викрали дорогоцінні прикраси. Такі дії осіб були кваліфіковані як *порушення законів та звичаїв війни що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, вчинені за попередньою змовою групою осіб*. Формула кваліфікації в даному випадку виглядає наступним чином: частина друга ст. 28, частина перша ст. 438 КК України. За вчинення даного суспільно-небезпечного діяння судом було застосовано покарання у вигляді позбавлення волі на строк 12 років, що на нашу думку відповідає сутності та суспільні небезпеці вчиненого суспільно-небезпечного діяння [62].

Велика кількість Вироків національних судів, під час розгляду питання про порушення законів та звичаїв війни, розглядає питання *жорстокого поводження з цивільним населенням, та інше порушення законів та звичаїв війни, яке передбачене положеннями міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України*. Під час розгляду питання про вчинення особою зазначеної форми суспільно-небезпечного діяння детальному аналізу підлягають усі ознаки складу кримінального правопорушення, вчиненого особою. Так відповідно до Вироку Солом'янського суду міста Києва від 26 вересня 2022 року у справі № 760/4174/22

військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 6 обіймаючи посаду заступника командира взводу по озброєнню військової частини під час перебування на окупованій території віддав злочинні накази підлеглим військовослужбовцям щодо жорстокого поводження з цивільним населенням, незаконного присвоєння та знищення їх майна, а також вчинення інших дій, які порушують закони та звичаї війни. Дії даної особи були кваліфіковані як *жорстоке поводження з цивільним населенням а також інші порушення законів та звичаїв війни що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також, віддання наказів про вчинення таких дій*, тобто за частиною першою ст. 438 КК України. Виходячи з матеріалів справи, а також повного та всебічного аналізу ознак суспільно-небезпечного діяння судом було застосовано покарання у вигляді позбавлення волі на строк 9 років.

Ще одним прикладом судового розгляду питання про жорстоке поводження з цивільним населенням, можна навести Вирок Бобровицького районного суду Чернігівської області від 24 листопада 2022 року у справі № 729/574/22, згідно з якого військовослужбовець Збройних сил Російської Федерації ОСОБА 6 за попередньою змовою з групою осіб, погрожуючи розстрілом, відібрали у цивільної ОСОБИ 4 певне майно, а саме мобільний телефон, системний блок від персонального комп'ютера, а також певну суму коштів. У подальшому ОСОБУ 4 примусово відвезли до іншого місця, де проводили допит, а також незаконне звинувачення у вчиненні шпигунства на користь збройних сил України, після того як зазначені особи не отримали від ОСОБИ 4 необхідних відомостей ОСОБУ 4 помістили до підвального приміщення, де утримували в неналежних санітарних та температурних умовах, без належного забезпечення харчуванням питною водою, а також постійно застосовували психологічний тиск погрози фізичного а також сексуального насильства. З аналізу матеріалів даного кримінального провадження, а також тексту Вироку Бобровицького районного суду можна зазначити, що дії ОСОБИ 1 підлягають кваліфікації, як *жорстоке поводження з цивільним населенням, а*

*також порушення законів та звичаїв війни що передбачені міжнародними договорами згоден обов'язковість яких надано Верховною Радою України.* Констатуємо що судом після проведення аналізу матеріалів кримінального провадження було застосовано справедливе покарання у вигляді позбавлення волі на строк 10 років [60].

Поширеним серед судової практики також є розгляд питання *про катування, а також незаконне ув'язнення, що становить собою серйозне порушення положень Женевської конвенції, а отже і порушення законів та звичаїв війни.* Відповідно до Вироку Подільського районного суду міста Києва від 19 грудня 2022 року у справі № 754/14 216/21 зазначається що колишні працівники Служби Безпеки України, громадяни України ОСОБА 3 та ОСОБА 4, які вступили до Федеральної служби безпеки Російської Федерації разом з ОСОБОЮ 1 та ОСОБОЮ 2 за попередньо досягнутою змовою здійснили викрадення учасників Революції Гідності ОСОБИ 8, а також катували його, для отримання зізнання у вчиненні убивств працівників міліції під час подій на майдані Незалежності у місті Києві, а також підготовку диверсій на території Автономної Республіки Крим. Враховуючи велику суспільну небезпеку діяння, яке розглядається у даному кримінальному провадженні дії зазначених осіб були справедливо кваліфіковані як *катування, а також нелегальне ув'язнення, яке становить собою серйозне порушення четвертої Женевської конвенції, а отже становить собою порушення законів та звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України* відповідно зазначені дії кваліфікуються за частиною першою ст. 438 КК України і особам, обвинуваченим у вчиненні даного кримінального правопорушення було призначено покарання відповідно, до суспільно-небезпечних діянь які вони вчиняли, а саме ОСОБИ 3, призначенню позбавлення волі на строк 10 років з позбавленням військового спеціального звання капітана ОСОБИ 4 призначено позбавлення волі на строк 9 років, з позбавленням військового спеціального звання майора [65].

Варто зазначити що під час розгляду питання про наявність у діях особи порушення законів та звичаїв війни, суди часто стикаються з необхідністю проведення першої в практиці кримінального права України, оцінки суспільно-небезпечних діянь за тими чи іншими формами порушення законів та звичаїв війни. Так правомірно можна назвати вирок Дарницького районного суду міста Києва від 30 січня 2023 року у справі № 753/23 311/21 першим Вироком про умисне порушення законів та звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, яке полягало у примушуванні осіб які перебувають під захистом служити в збройних силах держави окупанта. Виходячи з матеріалів провадження зазначено, що громадянин Російської Федерації ОСОБА 5, перебуваючи на посаді військово-комісара сімферопольського району міста Алушта Республіки Крим проводив примусовий призов цивільного населення України, яке проживає в автономній Республіці Крим та місті Севастополі на строкову військову службу до збройних сил Російської Федерації чим відповідно вчиняв *порушення ст. 51, а також 147 четвертої Женевської конвенції, а також ст. 45 Гаазької конвенції про закони та звичаї війни на суходолі від 18.10.1907 року*. Дії зазначеної особи після аналізу усіх матеріалів провадження були кваліфіковані, як умисне порушення законів та звичаїв війни передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, що полягало у примушуванні осіб, які перебувають під захистом служити в Збройних Силах держави окупанта. Діяння особи були кваліфіковані за частиною першою ст. 438 КК України. за вчинення даного суспільно-небезпечного діяння з урахуванням високого ступеня суспільної небезпеки, а також порушення норм міжнародного гуманітарного права, до особи яка обвинувачується у вчиненні аналізованого діяння було застосовано покарання у вигляді позбавлення волі на строк 11 років.

Доцільно також розглянути випадки коли вчиняються *інші порушення законів та звичаїв війни, поєднані з посяганням на майно осіб, які перебувають під захистом*. Зокрема, у Вироку Тростянецького районного суду Сумської області від 1 березня 2023 року у справі № 588/1009/22, згідно з якого

військовослужбовець Збройних сил Російської Федерації ОСОБА 3, перебуваючи на блокпосту умисно а також з метою незаконного, протиправного збагачення з погрозою застосування вогнепальної зброї, та без будь-якої військової необхідності, заволодів майном належним цивільним особам, а саме грошовими коштами та мобільними телефонами. Дії зазначеної особи були кваліфіковані як *інші порушення законів та звичаїв війни передбачених міжнародними договорами згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України а саме*, як порушення ст. 33 четвертої Женевської конвенції, що полягало у пограбуванні осіб які перебувають під захистом відповідно до КК України, і було кваліфіковано за частиною першою ст. 438 КК України. Відповідно до аналізу усіх матеріалів справи про вчинення даного правопорушення до особи, яка обвинувачувалася в його вчиненні було застосоване покарання у вигляді позбавлення волі на строк 10 років [66].

Новим для національних судів, а також проблемним на практиці виступає питання застосування під час кваліфікації суспільно небезпечного діяння положення міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Зазначимо, що у Вироку Києво-Святошинського районного суду Київської області від 27 березня 2023 року у справі № 369/7906/22 зазначалося, що військовослужбовець збройних сил Російської Федерації, а саме ОСОБА 10 за попередньою змовою з групою осіб з іншими військовослужбовцями збройних сил Російської Федерації вчинили порушення вимог ст. 51 та 75 Додаткового протоколу № 1 до Гаазької конвенції і перебуваючи у стані сильного алкогольного сп'яніння погрожуючи зброєю зупинили автомобіль у складі автоколони цивільного населення. ОСОБА 10 віддав наказ ОСОБИ 7 та ОСОБИ 8, вийти з машини, зняти увесь одяг вище поясу. під час поверхневого огляду ОСІБ 7 та 8, ОСОБОЮ 10 на тілі ОСОБИ 8 було помічено татування а також було звинувачено його у використанні, нацистської свастики, вдарено прикладом по голові, а також ОСОБА 10 націлився з вогнепальної зброї на особу 8 від вчинення вбивства відмовився і відійшов від особи 8. Суд кваліфікував дане діяння як порушення законів та

звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, (за частиною першою ст. 438 КК України) із застосував до винної особи покарання, у вигляді позбавлення волі на строк 12 років. [54].

Серед проявів первинного розгляду справ з питань кваліфікації дій особи за певною формою порушення законів та звичаїв війни а також зазначені у формулі кваліфікації посилання на міжнародні нормативно-правові акти можна виділити вирок Дарницького районного суду міста Києва від 28 березня 2023 року у справі № 753/24 58/22, згідно з матеріалів якої ОСОБА 3 будучи наділеною окупаційною владою повноваженнями судді супереч вимогам ст. 2 та 49 четвертої Женевської конвенції проводили розгляд справи про порушення правил в'їзду та перебування на території Російської Федерації і постановила рішення про видворення громадянина України, ОСОБИ 6 за межі тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя. Аналізуючи характер даного суспільно-небезпечного діяння можна зазначити, що дії особи судом справедливо були кваліфіковані як порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, *яке проявилось у порушенні вимог ст. 47, 49, 64 та 67 Женевської конвенції а також пункту «а» ст. 4 Додаткового протоколу № 1 до Женевської конвенції, а саме діяння проявилось у незаконній депортації, видворенні громадянина України.* Відповідно до положення КК України дане діяння було кваліфіковано за частиною першою ст. 438 і судом було призначено покарання у вигляді позбавлення волі на строк 10 років. [57].

Доцільно також звернути увагу на розгляд справ коли поєднуються декілька форм порушення законів та звичаїв війни, і зокрема коли заподіюється шкода декільком об'єктам кримінально-правової охорони. Зазначимо, що у Вироку Макарівського районного суду Київської області від 20 квітня 2023 року у справі № 370/179/23 зазначалося, що військовослужбовець збройних сил Російської Федерації ОСОБА 7 в порушення частини 1 та 3, ст. 52 Додаткового

протоколу № 1 здійснив напад на цивільний об'єкт, та в порушення ст. 3 Женевської конвенції та частини 2 ст. 51 Додаткового протоколу вчинив жорстоке поводження з цивільною особою, зокрема здійснив незаконне позбавлення волі громадянина України ОСОБИ 6, який у свою чергу перебував під захистом Женевської конвенції, і в порушення вимогам частини першої та другої ст. 75 Додаткового протоколу № 1, погрожував вбивством потерпілому ОСОБИ 6, а також у порушення ст. 33 згаданої нами конвенції незаконно заволодів його майном. Як результат аналізу усіх елементів та епізодів даного кримінального правопорушення судом було проведено кваліфікацію дій особи як порушення законів та звичаїв війни, а саме як *жорстоке поводження з цивільним населенням, напад на цивільний об'єкт, та незаконне заволодіння майном*. що відповідно відобразилося у кваліфікації дій особи за частиною першою ст. 438 КК України і передбачала застосування до винної особи покарання у вигляді позбавлення волі на строк 11 років [57].

Підсумовуючи проведений аналіз судової практики, у справах про порушення законів та звичаїв війни, варто зазначити що протягом 2022-2023 років відбувається активне зрушення у питанні збільшення кількості Вироків за вчинення порушення законів та звичаїв війни, що невід'ємно пов'язано з геополітичною ситуацією на території України, зміни якої пов'язані зі збройною агресією Російської федерації. Зазначимо, що станом на зараз кількість матеріалів відкритих кримінальних проваджень і кількість Вироків, у справах про порушення законів - це звичаїв війни суворо відрізняється, що передбачає наявність перед судовою гілкою влади нових завдань, спрямованих на розгляд, а також ухвалення справедливих Вироків у справах, про дані суспільно-небезпечні діяння. Позитивним моментом під час розгляду судової практики у справах про порушення законів та звичаїв війни варто відмітити наявність у Вироках суддів посилення на міжнародні нормативно-правові акти а також міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, під час кваліфікації суспільно-небезпечних діянь, вчинених особами, які обвинувачуються у вчиненні порушення законів та звичаїв війни.

## Висновки до розділу 4

Підводячи підсумки проведеного дослідження питання відмежування порушення законів та звичаїв війни від інших кримінальних правопорушень а також караність порушення законів та звичаїв війни доцільно звернути увагу на ряд питань які виникають під час такого аналізу, а саме:

- порушення законів та звичаїв війни, як і інші кримінальні правопорушення наділені рядом ознак суспільно-небезпечного діяння, які створюють можливість співставлення його з іншими кримінальними правопорушеннями;

- важливим критерієм відмежування порушення законів та звичаїв війни від інших правопорушень виступає контекстуальний елемент, під яким доцільно розуміти зв'язок між збройним конфліктом і вчиненням злочину що передбачає наявність збройного конфлікту а також усвідомлення суб'єктом суспільно-небезпечного діяння перебування у стані збройного конфлікту;

- розглядаючи питання конкуренції кримінально-правових норм, а саме статті про відповідальність за вчинення порушення законів та звичаїв війни та норм про інші кримінальні правопорушення, зазначимо що у випадку якщо суспільно-небезпечне діяння повністю охоплюється статтею 438 КК України питання щодо конкуренції кримінально-правових норм, а саме конкуренції як загальної та спеціальної норми не застосовується, а саме вчинення іншого злочину в умовах воєнного конфлікту повністю охоплюються статтею 438 КК України не звертаючи увагу на наявність кваліфікуючих або особливо кваліфікуючих ознак, які потребують в свою чергу додаткової кваліфікації за відповідними статтями КК України;

- проводячи аналіз питання сукупності кримінальних правопорушень зазначимо, що у випадках якщо вчинене особою спільно безпечні діяння порушує одразу дві різні кримінально-правові норми, вчинені особою спільно небезпечне діяння мають кваліфікуватися як ідеальна сукупність злочину, передбачена статтею 438 КК України як порушення законів та звичаїв війни і загально-кримінальною чи військово-комунальною статтею КК України;

- досліджуючи питання судової практики розгляду справ про порушення законів та звичаїв війни доцільно звернути увагу на те, що судова практика а також Вироки ухвалені в справах про порушення законів та звичаїв війни є невід'ємним критерієм визначення ефективності застосування положень про кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни. Зазначимо, що специфіка кримінально-правової норми про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни наділена певною ознакою а саме часом, в умовах якого вчиняється даний злочин, відповідно в умовах війни, або в умовах неоголошеної війни, або в умовах після завершення війни, тому станом на зараз у зв'язку з перебуванням нашої країни у особливому правовому режимі воєнного стану який викликаний збройною агресією Російської федерації на території України спостерігається зростання кількості кримінальних проваджень а також матеріалів судової практики спрямованої на притягнення винних осіб у вчиненні кримінального правопорушення до кримінальної відповідальності та застосування стосовно таких осіб дієвих видів покарання які виступають проявом реалізації кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни;

- важливим моментом, в процесі аналізу судової практики варто визначити наявність у Вироках судів про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, посилення на міжнародні нормативно-правові, акти а також міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, які спрямовані роз'яснити процес кримінально-правової кваліфікації дій такої особи і чітко обґрунтувати вибір виду та межі покарання за вчинення аналізованого нами кримінального правопорушення;

- суттєва відмінність у кількості матеріалів у справах Єдиного Державного Реєстру Досудових Розслідувань а також Єдиного Державного Реєстру Судових Рішень дозволяє сформулювати позицію згідно з якою можна констатувати факт про наявність нових викликів та завдань перед судовою гілкою влади, яка повинна провести ґрунтовну роботу, спрямовану на розгляд справ по правопорушення законів та звичаїв війни, а також застосування до осіб

які обвинувачуються у вчиненні даного злочину справедливого покарання. Даний процес є досить таки довготривалим та складним на практиці, але дозволить перш за все реалізувати принцип ретроспективної кримінальної відповідальності, а також застосувати до осіб які обвинувачуються у вчиненні порушення законів та звичаїв війни дієві покарання.

## ВИСНОВОК

Дисертаційне дослідження присвячене вивченню актуальних проблем кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, з необхідністю комплексного дослідження якого наша держава зіткнулася з початком збройної агресії Російської Федерації, а також повномасштабного вторгнення на територію України Збройних сил Російської Федерації. Дослідження виступає комплексним аналізом питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, які проведені після початку повномасштабного вторгнення Російської федерації на територію України.

Проведене нами всебічне дослідження питання кримінальної відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни в умовах перебування держави України в особливому правовому режимі воєнного стану дозволило сформулювати наступні висновки та навести наступні пропозиції:

1. Порушення законів та звичаїв війни виступає суспільно небезпечним винним протиправним діянням характер і ступінь тяжкості якого зумовили встановлення кримінальної відповідальності за його вчинення, як положеннями національного законодавства так і міжнародними договорами України.

2. Історичний розвиток законодавства України свідчить, що відповідальність за порушення законів та звичаїв війни передбачалася у договорах з греками (X ст.) та готами (XI–XII ст.), “Руській Правді”, багатьох Судебниках тощо. Соборне уложення 1649 р. містило окрему главу, де встановлювалася відповідальність за такі злочини. Питання кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни вирішувалися у Військовому артикулі 1716 р., Військових статутах про покарання, що мали статус окремих військово-кримінальних законів до 1917 р., універсалах гетьманів України, актах Української Народної Республіки [137, с.26].

3. Підсумовуючи питання історії становлення та розвитку законодавства про порушення законів та звичаїв війни доцільно сформулювати наступну тезу, згідно з якою першоосновою правового регулювання питання

порушення законів та звичаїв війни визнаються міжнародні звичаї, які стали основою для норм національного законодавства про відповідальність за воєнні злочини, серед яких і порушення законів та звичаїв війни, на основі та на виконання а також забезпечення положень яких було сформовано норми міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана вищими законодавчими органами держав учасниць таких договорів, а також які у своїй сукупності та чіткій системності складають собою положення норм міжнародного гуманітарного права.

4. Під родовим об'єктом порушення законів та звичаїв війни пропонуємо розглядати охоронювані кримінальним законом однорідні а також взаємопов'язані суспільні відносини які покликані забезпечити мир та дотримання загально визнаних правил ведення війни а також інших збройних конфліктів.

5. Аналізоване суспільно-небезпечне діяння одночасно може заподіяти шкоду декільком суспільним відносинам на рівні безпосереднього об'єкта даного злочину є необхідність виділити основний а також безпосередній і додатковий безпосередній об'єкт даного суспільно-небезпечного діяння під основним безпосереднім об'єктом цього злочину варто розглядати конкретне суспільне відношення що забезпечує дотримання загально визнаних правил ведення війни а також встановлене законодавцем під охорону аналізованої ст. КК України. На підставі проведеного дослідження структурних елементів аналізованого суспільного відношення (його суб'єктів, предмета та соціального зв'язку) слід зазначити, що механізм заподіяння шкоди основному безпосередньому об'єкту порушення законів та звичаїв війни може мати різні варіанти залежно від форми посягання. При цьому в одних випадках він полягає в тому, що злочин, передбачений ст. 438 КК, посягає насамперед на суб'єктів суспільних відносин (наприклад, у разі жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням), які виступають як потерпілі, в інших – на предмет суспільного відношення, а в окремих випадках - злочинному впливу піддається соціальний зв'язок між його учасниками (наприклад, у разі віддання наказу про

вчинення воєнного злочину), який під час війни та інших збройних конфліктів зовні переважно виступає в певних формах діяльності людей і знаходиться у постійному взаємозв'язку з іншими структурними елементами суспільних відносин. У разі порушення законів та звичаїв війни соціальні цінності, що характеризують соціальний зв'язок, знешкоджуються чи пошкоджуються. Тим самим шкода заподіюється суспільному відношенню в цілому. Учасниками (суб'єктами) суспільних відносин, яким заподіюється шкода злочином, можуть бути як окремі особи, так і колективи людей, юридичні особи. Додатковим обов'язковим безпосереднім об'єктом порушення законів та звичаїв війни під час заподіяння шкоди виступають суспільні відносини, які забезпечують, зокрема, життя та здоров'я військовополонених, цивільного населення, інших жертв війни тощо, визначені законодавцем у диспозиції ч. 1 ст. 438 КК. Цьому об'єкту, поряд з основним безпосереднім об'єктом, при вчиненні злочину заподіюється чи створюється загроза заподіяння шкоди. Поряд з додатковим обов'язковим при вчиненні порушення законів та звичаїв війни може існувати або бути відсутнім додатковий факультативний безпосередній об'єкт.

6. Додатковий безпосередній об'єкт може бути використаний законодавцем для виділення інших кваліфікованих складів злочину, що розглядається, або для утворення самостійних складів злочинів.

7. Суб'єктом порушення законів та звичаїв війни є фізична осудна особа, яка досягла 16 років. Суб'єктом вчинення порушення законів та звичаїв війни у формі віддання наказу про вчинення зазначених у ст. 438 КК дій може бути службова або військова службова особа. Вчинені ними діяння мають за наявності відповідних підстав кваліфікуватися додатково і за статтями, що передбачають відповідальність за службові злочини. За вчинення злочину, передбаченого ч.2 ст. 438 КК, особа віком від 14 до 16 років підлягає відповідальності лише за умисне вбивство.

8. Провівши ґрунтовний аналіз питання відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни, а саме форм у яких може вчинятися дане суспільно-небезпечне діяння, пропонуємо передбачити у диспозиції ст. 438 КК

України вчинення порушення законів та звичаїв війни організованою групою, щодо двох або більше осіб, службовою особою, повторно, щодо вагітних або матері яка має дитину віком до 14 років, або щодо дитини, стосовно об'єктів культурної спадщини та інших об'єктів що перебувають під спеціальним або особливим правовим захистом, що заподіяло велику та серйозну шкоду навколишньому природному середовищу, а також що спричинило загибель людей та інші тяжкі наслідки - передбачити у частині другій ст. 438 КК України як кваліфікуючі ознаки аналізованого нами складу кримінального правопорушення.

9. До особливо кваліфікуючих ознак порушення законів та звичаїв війни пропонуємо віднести поєднання порушення законів та звичаїв війни з заподіянням смерті особі, вчинення порушення законів та звичаїв війни злочинною організацією, вчинення даного злочину на ґрунті розпалювання расової національної або релігійної ворожнечі.

10. На основі проведеного повного та всебічного аналізу питання відповідальності за вчинення порушення законів та звичаїв війни на основі положень національного законодавства а також норм міжнародного гуманітарного права пропонуємо внести зміни та доповнення до ст. 438 КК України а саме викласти зазначену статтю в наступній редакції:

### **Порушення законів та звичаїв війни**

Частина 1 пропонується у наступній редакції: жорстоке поводження з військовополоненими чи цивільним населенням або іншими особами, котрі перебувають під захистом, або незаконне переміщення чи незаконна депортація цивільного населення; або примушування військовополонених чи цивільних осіб до участі у воєнних діях чи виконанні робіт воєнного характеру, або здійснення нападів на цивільні об'єкти чи їх пошкодження, руйнування, знищення, розграбування; або застосування заборонених засобів і способів ведення війни; або вербування чи набір дітей до складу збройних сил, угруповань чи використання їх для активної участі у бойових діях; або інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами України, згода на

обов'язковість яких надана Верховною Радою України – карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років.

Частина 2 пропонується у наступній редакції: те саме діяння, вчинене, організованою групою, або щодо двох чи більше осіб; щодо вагітних або матері, яка має дитину віком до 14 років чи щодо дитини; щодо об'єктів культурної спадщини та інших об'єктів, що перебувають під спеціальним захистом – карається позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.

Частина 3 пропонується у наступній редакції: діяння, передбачене частинами першою або другою цієї статті., поєднане з умисним вбивством, або вчинене злочинною організацією, або вчинене на ґрунті розпалювання расової, національної чи релігійної ворожнечі – карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. An Introduction to the International Criminal Court William A. Schabas, Cambridge University Press, Third Edition, p.1-2
2. Antoni Zygmunt Helcel: Starodawne prawa polskiego pomniki. – Warszawie, 1856
3. Balobanova, D.; Hazdayka-Vasylyshyn, I.; Shekhavtsov, R.; Avramenko, O.; Lashchuk, N. Dynamics of criminal law and process in conditions of special legal regimes. *Amazonia Investiga*. 2022. Vol. 11. Issue 54. P. 208-218
4. Berber. Lehrbuch des Volkerrchts. – 2 nd Edn. – Vol. II. – para 1.
5. Chuvakov, O.; Balobanova, D.; Samadova, S.; Barbul, P. Conceptual foundations for the systematization of crimes against the basics of national security of Ukraine and some other countries. *Amazonia Investiga*. 2022. Vol. 11. Issue 49. P. 86–92.
6. Elements of crime. International Criminal Court. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>
7. Garlan Y. La guerre dans L' ntiguite. – Raris: Hathan, 1972.
8. Greenspan M. The Modern Law of Land Warfare / M. Greenspan. – Berkeley, 1959. – P. 14-18.
9. Hamburg, Brit. Mil. Crt., 19 Dec.
10. Hitler. Mein Kampf. 1924.- Цит. по Ghagoll L. Au nom du Fuhrer. – Bruxelles, jacgues Antooine, 1980.
11. <https://www.radiosvoboda.org/a/29921085.html>
12. Lanter pacht. Oppenheims. International Law. – T. II. – № 2.
13. Oppenheim L., Lauterpacht H. International Law: A. – Treatise-Lomdon: Green and Co., 1952.
14. Poznan, Supr. Nat. Trib. of Poland, 7 july 1946, Greiser, AD, 1946.
15. Proces, doc. off., vol. 1,
16. Project Gutenberg: De Bello Gallico" and Other Commentaries, Greenspan M. The Modern Law of Land Warfare / M. Greenspan. – Berkeley, 1959. – P. 14-18.

17. Prosecutor v. Katanga and Ngudiolo Chui, МУС (Палата предварительного производства) решение от 30 сентября 2008 г., абзац 382
18. Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana. Case № ICTR-95-1. 21 May 1999. § 175. Цит. по: Кибальник А. Военные преступления в решениях международных трибуналов по Руанде и бывшей Югославии. Уголовное право. С. 31–34.
19. Protokoles, Commentaire, § 1974.
20. S/Res. 446 et 452 (1979), 465 (1980), 497 (1981), 592 (1986), 605 et 670 (1988), 799 (1992).
21. SIEGLE, Greg. Women critical to success of US all – volunteer force. Jane's Defense Weekly. – June, 1999. – Vol. 31. – № 25.
22. Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: The experience of international and national courts /ed. By G. Kirk McDonald, O. Swaak-Goldman. The Hague-Boston. 2000. P. 67
23. The Laws Armed. Conflicts, ed. By D. Schindler and J. Joman, 3rd ed. – Geneva, 1988.
24. The Tokyo, judgment, I.
25. ТПИУ, App. – 2 october 1995. Tadic § 70.
26. ТПИУ, off it-95-II-R61. – 8 msrs 1996.
27. Volodymyr Viktorovych Shablysty, Vasyl Serhiiiovych Berezniak, Roman Anatoliiovych Katorkin **Trafficking in human beings as an offense that infringes on a secure environment Publishing House “Baltija Publishing”**
28. War and Law. – London, 1984. – P. 102.
29. А Коваленко, В Шаблистий ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ЗАСУДЖЕНИХ, ЯКЩО ЇХ ВКЛЮЧЕНО У СПИСКИ НА ОБМІН ЯК ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА Вісник Пенітенціарної асоціації України, 5-12
30. А ПРОЦЕНКО, В ШАБЛИСТИЙ Кримінально-правова оцінка участі персоналу приватних воєнних компаній у воєнних діях

31. А.В. Коваленко, В.В. Шаблистий, Деякі питання звільнення від покарання військовополонених і практика
32. Александров В.Н., Емельянов В.И. Отравляющие вещества: Учеб. пособие. – М.: Госиздат, 1990. – 271 с.
33. Андреева Л.А., Константинов Л.Ю. Влияние жестокости преступного по-ведения на уголовную ответственность. – СПб: Юридический центр Пресс, 2002. – 210 с.
34. Андрусів Г. В., Андрушко П. П., Беньківський та В. В. ін. - Кримінальне право України. Загальна частина: Підруч. / . / За ред. П. С. Матишевського та ін. - К.: Юрінком-Інтер, 1997. – 240 с.
35. Багрий-Шахматов Л.В. - Социально-правовые проблемы уголовной ответственности и форм ее реализации. Часть вторая / Л.В. Багрий-Шахматов. – Одесса: Юридична література, 2000. – 412 с.
36. Базов В. П. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни (аналіз складу злочину) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Х., 2009. 22 с
37. Базов В.П. Военні злочини: Навч. посіб. – К.: Юрінком Інтер, 2008. - 336 с.
38. Базов В.П. Історичний нарис кодифікації правових норм щодо кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни (воєнні злочини) // Український часопис міжнародного права.– 2005.- № 2.– С. 28-46
39. Балобанова Д.О. Динаміка кримінального права: доктринальні положення. Монографія. Одеса: Фенікс, 2020. 358 с.
40. Баулін Ю.В., Борисов В.І., Тютюгін В.І. - Кримінальне право України: Особлива частина: Підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – 4–те вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2010. – 360 с.
41. Белый И. Ю. Анализ формирования признаков объекта и объективной стороны составов военных преступлений в современном

международном уголовном праве // Право в Вооруженных Силах. 2015. № 11. С. 32–38

42. Блищенко И.П. Прецеденты в международном праве. – М., 1997.

43. Богуславский М.М. Культурные ценности в международном обороте: Правовые аспекты. – М.: Юристъ, 2005. – 427с.

44. Брайнін Я.М. Основні питання загального вчення про склад злочину. – К.: Вид-во Київського держ. ун-ту, 1964. – 188 с.

45. Бурчак Ф.Г. Объективная сторона преступления / Ф.Г. Бурчак, Е.Ф. Фесенко // Уголовное право Украинской ССР на современном этапе. Часть Общая. – К.: Наукова думка, 1985. – 448 с.

46. В Нікітенко, В Шаблистий деякі питання проблем воєнних злочинів та їх закріплення в кримінальному законодавстві України Матеріали Міжнародного науково-практичного онлайн-семінару (в авторській редакції), (м. Кривий Ріг, 29 квітня 2022 року). Кривий Ріг, 2022. 498с.

47. В.С. Батиргареева. До кримінологічного аналізу виправдовування, визнання правомірною або заперечення збройної агресії РФ. Інформація і право, № 4(43) (2022).

48. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Укладач і гол. ред. В.Т.Бусел. – К. – Ірпінь: ВТФ “Перун”, 2001.

49. Венская конвенция о праве международных договоров. Действующее между-народное право / Сост. Ю.М.Колосов и Э.С. Кривчикова. – В 3-х томах. – Т.1. – М.: Изд. Моск. независимого инст. международного права, 1999.с. 124

50. Вирок Бобровицького районного суду Чернігівської області від 24 листопада 2022 року у справі № 729/574/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107481395>

51. Вирок Дарницького районного суду міста Києва від 28 березня 2023 року у справі № 753/24 58/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/3188500>

52. Вирок Дарницького районного суду міста Києва від 30 січня 2023 року у справі № 753/23 311/21 URL:

53. Вирок Деснянського районного суду міста Чернігова від 11 квітня 2023 року Справа № 750/6470/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110135338>

54. Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 27 березня 2023 року у Справа № 369/7906/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106637969>

55. вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 року Справа № 535/244/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104531363>

56. Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 18 травня 2020 року URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/1001254121>

57. Вирок Макарівського районного суду Київської області від 20 квітня 2023 року Справа № 370/179/23 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/10194837>

58. Вирок Октябрського районного суду міста Полтави від 9 червня 2022 р. Справа № 554/3925/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101948387>

59. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15 грудня 2021 р. Справа № 243/6186/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101948384>

60. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 р. Справа № 760/5257/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>

61. Вирок Тиснянського районного суду міста Чернігова від 8 серпня 2022 року у справі № 750/28 91/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/10005455>

62. Вирок Шевченківського районного суду міста Києва від 3 серпня 2022 року у справі № 761/140 35/22 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100152425>

63. Вироки у кримінальних провадженнях про порушення законів та звичаїв (стаття 438 кримінального кодексу України): окремі особливості техніко-

юридичного оформлення. З.А. Загиней-Заболотенко, О.І Чаплик, О.О Кваша. Юридичний електронний науковий журнал с. 461-464.)

64. Вирок Ожтябрьського районного суду міста Полтави від 13 червня 2022 року у справі № 554/39-54/22 URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/1092725456>

65. Вирок Подільського районного суду міста Києва від 19 грудня 2022 року у справі № 754/14 216/21 URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/1092725456>

66. Вирок Тростянецького районного суду Сумської області від 1 березня 2023 року у справі № 588/1009/22 URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/109272987>

67. Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним по-данням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський статут) від 11 липня 2001 року // Український часопис міжнародного права. – 2002. – № 1.

68. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. – Изд. 4-е с до-полн. – Спб.–Киев: Изд. Н.Я.Оглоблина, 1905. – 696 с., с.4

69. Владимирский-Буданов М.Ф. Огляд історії права, 1905. – 696 с.

70. Вознюк А. А., Жук І. В. Порухення законів і звичаїв війни: безпосередні об'єкти, предмети та потерпілі від злочину. Загальні положення «jus in bello». Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка. 2022. Вип. 4 (100). С. 58. URL: <https://journal.lduvs.lg.ua/index.php/journal/article/view/1547/1420>

71. Воинский Уставъ. Полное собрание законовъ Российской империи съ 1649 го-да. – Томъ V. 1713-1719: Печатано въ Типографіи II Отделения Собственной Его Императорскаго Величества Канцелярии, 1830., с.350

72. Гаагская конвенция о бомбардировании морскими силами во время войны 1907 года. URL : <https://goo.gl/vb3KIz>, с. 105

73. Конвенція про закони і звичаї суходільної війни (IV Гаазька конвенція) від 18.10.1907 р. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_222](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222)

74. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. Проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. – К.: Інст-т з-ва Верховної Ради України, 2002. – 634 с.

75. Гавриш С.Б. Кримінально-правова охорона довкілля в Україні. Проблеми теорії, застосування і розвитку кримінального законодавства. – К.: Інст-т з-ва Верховної Ради України, 2002. – 634 с.

76. Гловюк І. Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді. Право України. 2023. №5. С. 85-100.

77. Гловюк І.В. Тетерятник Г.К. Контекстуальні елементи у провадженнях щодо воєнних злочинів: предмет доказування *sui generis*. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. №6. С. 394-398.

78. Гловюк І.В., Тетерятник Г.К. Питання унормування належної правової процедури кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. №8. С. 478-483.

79. Готін О. М. Кримінальна відповідальність за випуск або реалізацію недоброякісної продукції в умовах ринкової економіки (проблеми теорії та практики) [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. М. Готін ; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2003. – 86 с.

80. Градосенский В.В. Ядерное, химическое и бактериологическое оружие и защита от него. – М.: Изд-во ДОСААФ, 1970. – 109 с.

81. Гришук В. К. Кримінальне право України: Загальна частина: Навч. посіб. для студентів юрид. фак. вищ. навч. закл. — К: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. - 568 с.

82. Гроций Г. О праве войны и мира: В 3-х кн. – М., 1956.

83. Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов: Курс лекций. – М.: МККК, 2000. – 720 с.

84. Догель М. Юридическое положение личности во время сухопутной войны. Комбатанты. – Казань: Типо-литография Императорского у-та, 1894. – 368 с.

85. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.06.1977 р. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/go/995\\_911](http://zakon.rada.gov.ua/go/995_911);

86. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text)

87. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II), від 8 червня 1977 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_200#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text)

88. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III), від 8 грудня 2005 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_g74#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g74#Text)

89. Документування воєнних злочинів Російської Федерації в Україні. Офіс Генерального прокурора. URL: <https://warcrimes.gov.ua>

90. Дриль Д. А. Уголовное право: Лекции, читанные на экономическом отделении СПб. политехникума [Текст] / Д. А. Дриль. – СПб. : Литогр. Трофимова, 1909. – 170 с.

91. Дудоров О.О., Письмний Є.О. - Кримінальне право (Особлива частина): Підручник / за ред. О.О. Дудорова, Є.О. Письменського. Т.2 – Луганськ : видавництво «Елтон – 2», 2012. – 704 с.

92. Дурманов Н.Д. Стадии совершения преступления по советскому уголов-ному праву. – М.: Госюриздат, 1955. – 200 с.

93. Дячук С. І. Виконання наказу чи розпорядження у кримінальному праві. – К.: Атака, 2001. — 174 с.

94. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_153#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text)

95. Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року і Додаткові протоколи до них. – М.: МККК, 2001. – 344 с.

96. Журавлев М. П., Рарог А. И. - Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. М. П. Журавлева, А. И. Рарога. — М.: Институт международного права и экономики, 1996. — С. 61; Уголовное право УССР. Часть общая. — К.: Вища школа, 1984. — 114 с.

97. Загородников Н.И. Значение объекта преступления при определении меры наказания по советскому уголовному праву. – М.: РИО ВЮА, 1949.

98. Закон України “Про охорону культурної спадщини”.– К.: Парлам. вид., 2005.

99. Закон України “Про правонаступництво України” // Відомості Верховної Ради України. – 1991. – № 46. – Ст. 617.

100. законопроект №2689  
[https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2\\_5\\_1\\_J?ses=10010&num\\_s=2&num=2689&date1=&date2=&name\\_zp=&out\\_type=&id=](https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc2_5_1_J?ses=10010&num_s=2&num=2689&date1=&date2=&name_zp=&out_type=&id=)

101. законопроект №7290 було зареєстровано 15 квітня 2022 [https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39449].

102. Зубанський М. К. Особливості кримінально-правової кваліфікації суспільно небезпечного діяння як порушення законів та звичаїв війни. Міжнародний науковий журнал "Інтернаука". Серія: "Юридичні науки". — 2023. — № 10

103. Зубанський М. К. Проблематика гармонізації законодавства України та положень Римського статуту Міжнародного кримінального суду (в контексті військових дій на Сході України) Сучасний конституціоналізм: проблеми теорії та практики: матеріали наукового семінару (25 червня 2021 р.) / упор. М.Т. Гаврильців. Львів: ЛьвДУВС, 2021. (с.90-95)

104. Зубанський М.К. «Збройні конфлікти, поняття та кримінально-правовий огляд (з точки зору міжнародного законодавства)» матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції Актуальні питання вдосконалення чинного законодавства і захисту прав людини в Україні.,

Хмельницький інститут імені Блаженнішого Володимира, Митрополита Київського і всієї України ПрАТ «ВНЗ «Міжрегіональна Академія управління персоналом». Хмельницький, 10.12.2019.(с.108-115)

105. Зубанський М.К. Поняття та склад військових злочинів у контексті міжнародного кримінального права. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Випуск № 58. 2022. С. 47-56.

106. Зубанський М.К. Порухення законів і звичаїв війни - як один з різновидів кримінальних правопорушень міжнародного характеру. Матеріали Регіонального круглого столу «Дотримання прав людини і громадянина на території проведення операції об'єднаних сил» (до Дня Національної поліції України)» 12 липня 2019 року м. Маріуполь, 12 липня 2019. (с.45-49)

107. Зубанський М.К. Правові обмеження у виборі методів і засобів ведення війни. Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право: Том 2 № 78 (2023)

108. Зубанський М.К. Проблемні питання законопроекту № 2689 "Про воєнні злочини", та його відповідність вимогам КК України та чинних міжнародних нормативно-правових актів. Кримінальна юстиція в Україні: реалії та перспективи: матеріали науково-практичного семінару (м. Львів, Львівський державний університет внутрішніх справ, 11 червня 2021 р.) – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ.

109. Известия ЦК КПСС. – 1990. – №5. – с. 73

110. Калугин В. Ю. Преступления против мира, безопасности человечества и военные преступления: уголовно-правовой анализ. Мн. : Тесей, 2002. 142 с.

111. Канцір В.С., Скрекля Л.І., Кончук Н.С. Об'єкт складу злочину «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни». Європейські перспективи. 2021. №4. С.79-83

112. Карпец И.И. Современные проблемы уголовного права и криминология. – М., 1976.

113. Колосов Ю.М. Ответственность государств. – М., 1975.

114. Колотуха І. О. Кримінальна відповідальність фізичних осіб за порушення норм міжнародного гуманітарного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2010. 22 с.

115. Конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_154#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text)

116. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_151#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text)

117. Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_152#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152#Text)

118. Конституція України. – К.: Юрінформ, 1997. – 20 с.

119. Консультативний висновок Міжнародного Суду щодо загрози ядерною зброєю і його Зеня від 8 липня 1996 року / War Studies Journal. Autumn 2(1). – 1996. – Р.105Е.

120. Копиленко О., Мурашин Г. Правове регулювання як феномен законотворчості, його значення та практична доцільність у міжнародному і внутрішньому аспектах // Український часопис міжнародного права. – 2003. – №1., с. 7

121. Кримінальне право України. Особлива частина / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін. ; під ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. К.–Х. : Юрінком Інтер; Право, 2003. 494 с

122. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник / Ю.В.Баулін, В.І.Борисов, Л.М. Кривоченко та ін. / За ред. В.В.Сташиса, В.Я.Тація. – 3-е вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 624 с.

123. Кримінальне право України. Особлива частина: Підручник. Г.В.Андрусів, П.П. Андрушко, С.Я. Лихова та ін. / За ред. П.С. Матишевського, С.С. Яценка, П.П. Андрушка. – К.: Юрінком Інтер, 1999. – 896 с.

124. Кримінальне право України: Загальна частина: Підручник / За ред. проф. В.В.Сташиса, В.Я. Тація. – 3-е вид., перероб. і допов. — К.: Юрінком Інтер, 2007. – 496 с

125. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 №3441-III [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

126. Кудрявцев В.Н. - Объективная сторона преступления / В.Н. Кудрявцев // Советское уголовное право. Общая часть. –М. : Изд-во Моск. ун-та, 1974. – 150 с.

127. Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступления. – М., 1972.

128. Кудрявцев В.Н. Объективная сторона преступления. – М.: Госюриздат, 1960. – 244 с.

129. Кузнецов А.В. Уголовное право и личность. – М.: Юрид. лит., 1977. – 168 с.

130. Кузнецова Н.Ф. - Перспективы совершенствования УК РФ / Н.Ф. Кузнецова // Государство и право на рубеже веков (материалы всероссийской конференции). Криминология, уголовное право, судебное право. – М., 2001. – 225 с.

131. Кузнецова Н.Ф. Значение преступных последствий для уголовной ответственности. – М.: Госюриздат, 1958. – 220 с.

132. Кузьмин-Караваев В.Д. Военно-уголовное право. – Т. I. – С.-Петербург, 1895. – В кн.: Ученые записки. – Вып. IV. – М., 1945.

133. Курс советского уголовного права. Часть Общая. – Т II. Преступление / Ред. кол. А.А.Пионтковский, П.С.Ромашкин, В.М. Чхиквадзе. – М.: Наука, 1970. – 516 с.

134. Курс уголовного права. Общая часть. – Т.І. Учение о преступлении / Г.Н.Борзенков, В.С.Комиссаров и др. / Под ред. Н.Ф.Кузнецовой, И.М.Тяжковой. – М.: Зерцало, 1999. – 592 с.

135. Кучевська С. П. Проблеми гармонізації законодавства України про кримінальну відповідальність та Статуту Міжнародного кримінального суду : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2008. 313 арк.,

136. Лащенко Р. Лекції з історії Українського права. – Ч. II. Литовсько-Польська доба. – Прага, 1924., с.66

137. Левицкий Г. А. - Русские и западноевропейские ученые XIX и начала XX вв. об уголовном законе, преступлении и наказании: хрестоматия. – СПб., 2004. – 152 с.

138. Лист Ф. Уголовное право. Общая Часть. – СПб., 1903.

139. Ломако В.А. Зміст умислу та його види: Текст лекції. – Х.: Юрид. ін-т., 1991. – 16 с.

140. Ломако В.А. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / За заг. ред. проф. В.В. Сташиса, В.Я. Тація. – Вид. 4-е, доп. — Х.: Одиссей, 2008. – 1427 с.

141. Ломако В.А., Борисов В.І., Касинюк В.І., Кривоченко Л.Н. Суб'єктивна сторона злочину: Методичний посібник. – Х.: УДЮА, 1993.

142. Лутковська В. Європейські стандарти заборони катування: – В кн. Заборона катування. Практика Європейського суду з прав людини. – К.: Укр. центр прав. студій, 2001.

143. Мадзигон Н. Выполнение норм международного гуманитарного права в Вооруженных Силах Украины. *Leges si Viata*. 2019. № 1/2(325). С. 72 – 76.

144. Малинин В.Б. Причинная связь в уголовном праве. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002.

145. Марін О. Кримінальна відповідальність за насильницьке зникнення. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2021. Випуск 72. С.122-130.

146. Марін О. Міжнародне кримінальне право (співробітництво держав у протидії злочинності): підручник / В.А. Гринчак, І.В. Земан, І.І. Когутич, О.К. Марін. Харків: Право, 2019. 440 с.

147. Марін О. Проблеми імплементації норм міжнародного кримінального права в законодавство України. Кримінологічні дослідження: Збірник наукових праць. Випуск 13 Міжнародні злочини російської федерації на

території України. Івано-Франківськ: Луганський навчально-науковий інститут імені Е.О. Дідоренка, 2023. С.261-276.

148. Марін О. Проблеми кримінально-правової оцінки незаконного використання гуманітарної допомоги за КК України. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. №6 С.334-338.

149. Марін О.К. Міжнародні стандарти прав людини у кримінальному праві: компаративна перспектива/ Дмитро Лук'янов, Ірина Сень, Вячеслав Туляков, Олена Уварова, Олена Харитоновна, Олена Шостак. Одеса, 2022 220 с. (у співавторстві).

150. Мартенс Ф. Восточная война и Брюссельская конвенция. 1874-1878. – С.-Петербургъ, 1879., с. 89-90

151. Мартянов С.С., Скрекля Л.І. Сучасні міжнародно-правові стандарти боротьби з найманством. Право ua. №1. 2020 р. С.138-143

152. Матишевський П.С. Кримінальне право України. Загальна частина. – К.: А.С.К., 2001. – 352 с.

153. Международное гуманитарное право. Общий курс. // Международный Комитет Красного Креста. Нильс Мельцер, координатор проекта – Этьен Кустер. 419 с.

154. Международное публичное право. Учебник / Л.П.Ануфриева, Д.К. Бекашев, К.А. Бекашев и др. – М., 2007

155. Международное уголовное право. – М.: Наука, 1999. – 264 с.

156. Мелков Г.М. Международное право в период вооруженного конфликта. – М., 1989.

157. Миронова В. О. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни [Текст] : дис... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Миронова Валентина Олександрівна ; Дніпропетровський держ. ун-т внутрішніх справ. - Д., 2008. - 218 арк. - арк. 199-218.]

158. Миронова В.О. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. 12.00.08. - Дніпропетровськ, 2008. – 20 с.

159. Миронова В.О. Проблеми кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни: Монографія / За заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. В.П.Ємельянова. – Х.: Право, 2007. – 152 с.

160. Міжнародне гуманітарне право. Посібник для юриста. За ред. Т.Р. Короткого. Київ-Одеса : Українська гельсінська спілка з прав людини, Фенікс, 2016.-2017. 145с.

161. Міжнародне кримінальне право (співробітництво держав у протидії злочинності): підручник / В. А. Гринчак, І. В. Земан, І. І. Когутич, О. К. Марін. Харків: Право, 2019. 460 с.

162. Міжнародне публічне право: підручник: у 2-х т. / В.В. Мицик, М.В. Буроменський, М.М. Гнатовський та ін.; за заг. ред. В.В. Мицика. Т. 2: Основні галузі. Харків: Право, 2019. 624 с.

163. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2-е вид., перероб. та доп.) / За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – К.: Дакор, 2008. — 1428 с.

164. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. - 10-те вид., переробл. та допов. Київ: ВД «Дакор» 2018. 1360 с.

165. 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. С. 1336

166. Немировский З.Я. Основные начала уголовного права. – Одесса: Тип. Техникъ, 1917. – 644 с.

167. Никифоров Б.С. Объект преступления по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1960.

168. Николаев А.Н. Токио: суд народов. По воспоминаниям участника про-цесса. – М.: Юрид. лит., 1990. – 416 с.

169. Николаев А.Н. Токио: суд народов. По воспоминаниям участника процесса. – М.: Юрид. лит., 1990. – 416 с.; Пионтковский А.А. Учение о

преступления по советскому уголовному праву. – М.: Госюриздат, 1961. – 655 с.  
С.175-177

170. Новий тлумачний словник української мови. – В 4-х томах. – Т. 2. – К.: Аконіт, 2006. – 926 с.

171. Новоселов Г. П. - Учение об объекте преступления. Методологические аспекты [Текст] / Г. П. Новоселов. – М. : НОРМА, 2001. – 200 с.

172. Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: Военные преступления и преступления против человечности. Сборник материалов в 7-ми томах. – Т. 4. / Сост.: Александров Г.Н., Волчков А.Ф., Карев Д.С., Рагинский М.Ю. / Под общ. ред.: Руденко Р.А. – М.: Госюриздат, 1959., с. 363

173. Нюрнбергский процесс над главными немецкими военными преступниками: Военные преступления и преступления против человечности. Сборник материалов в 7-ми томах. – Т. 4. / Сост.: Александров Г.Н., Волчков А.Ф., Карев Д.С., Рагинский М.Ю. / Под общ. ред.: Руденко Р.А. – М.: Госюриздат, 1959

174. Нюрнбергский процесс: Заключительные речи главных обвинителей. Последние слова подсудимых. Приговор: Сб. мат.: В 7-ми т-х. – Т. 7. – М.: Госюриздат, 1961

175. Нюрнбергский процесс: Заключительные речи главных обвинителей. Последние слова подсудимых. Приговор: Сб. мат.: В 7-ми т-х. – Т. 7. – М.: Госюриздат, 1961.

176. Нюрнбергский процесс: Сб. мат.: В 2-х т-х. — Т.2 / Под ред. К.П.Горшенина и др. — М.: Госюриздат, 1955. – 1155 с

177. О. В. Задорожній. Гаазькі конвенції з міжнародного гуманітарного права // Українська дипломатична енциклопедія: У 2-х т./Редкол.:Л. В. Губерський (голова) та ін. — К: Знання України, 2004 — Т.1 — 760с.

178. Обзор истории русского права проф. М.Ф. Владимирского-Буданова. – Издание шестое // Издание книгопродавца Н.Я. Оглоблина. – СПб.-Кіевъ, 1909.с.

179. Ответственность за военные преступления и преступления против человечества: Сб. ст. – М., 1969., с.42

180. Пам'ятки політико-правової культури України. Права, за якими судиться малоросійський народ, 1743. – К., 1997

181. Панов Н.И. Способ совершения преступления и уголовная ответственность. – Х.: Вищ. шк., 1982. – 161 с.

182. Пинаев А.А. Особенности составов преступления с двойной и смешанной формами вины. – Х., 1984.

183. Пионтковский А.А. Посягательства на социалистическую собственность. – В. кн. “Курс советского уголовного права”. – Т. IV. – М., 1970.

184. По материалам Нюрнбергского процесса. Ни давности, ни забвения... – М.: Юрид.лит., 1985.

185. Поленов Г.Ф. О двуобъектном, многообъектном преступлении. Юридические науки. – Алма-Ата: Изд. Казах. ун-та, 1973., с. 80-84

186. Полное собрание законов Российской империи съ 1649 года. – Томъ XXXII. 1812-1815. – Санктпетербургъ, 1830., с. 80-84

187. Полное собрание законов Российской империи. Собрание второе. – Томъ L. — Отделение первое. 1875. – Санктпетербургъ, 1877.с.353-396

188. Полторак А.И., Савинский Л.И. Вооруженные конфликты и международное право. – М.: Наука, 1976.

189. Потерпілий від злочину (міждисциплінарне правове дослідження) / За заг. ред. Ю.В.Бауліна, В.І. Борисова. – Х.: Кроссруд, 2008. – 364 с.

190. Правда руська. Тексти на основі 7 списків та 5 редакцій. (На основі тексту Архівної комісії АН СРСР, №240, Новгородський 1-й літопис XV ст.). Склали та підготували до друку проф. С. Юшков. — К.: ВУАН, 1935. — Редакція IV. — 144 с.

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

192. Парог А.И. Квалификация преступлений по субъективным признакам. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003.

193. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text); Rome Statute of the International Criminal Court. 17 July 1998. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

194. Розслідування воєнних злочинів і пов'язаних з війною кримінальних правопорушень: кримінально-правові, кримінальні проце-суальні та криміналістичні аспекти : наук.-практ. посіб. / [І. В. Гловюк, О. М. Литвинов, Ю. В. Орлов та ін.] ; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф., члена-кор. НАПрН України В. В. Сокурєнка ; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Харків : ХНУВС, 2023. – 400 с

195. Ромашкин П.С. Преступления против мира и человечества. – М.: Наука, 1967

196. Российское законодательство X-XX веков: В 9-ти т-х. – Т. 1. Законодательств-во Древней Руси. – М.: Юрид. лит, 1984. – 432 с.

197. Скрекля Л.І., Садула Л.М., Стиранка М.Б. Кримінальна відповідальність за планування, підготовку або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту. Наше право. 2022. №1. С.183-187.

198. Скрекля Л.І., Садула Л.М., Стиранка М.Б. Кримінальна відповідальність за публічні заклики до посягання на територіальну цілісність і недоторканність держави. Європейські перспективи. 2022. №1. С.171-175

199. Смирнов Л.Н., Зайцев Е.Б. Суд в Токио. – М., 1978.

200. Соборное Уложение 1649 г. (извлечение). – Материалы к изучению истории государства и права СССР. – М., 1958., с. 23-25

201. Старый Литовский Статут 1529 года. Б.М., Би., Б.г. – 106 с., с. 91

202. Сташис В.В., Бажанов М.И. Личность под охраной уголовного закона. – Сімферополь: Таврида, 1996.
203. Сташис В.Я. Тацій.- Кримінальне право України: Загальна частина: підручник. - В. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 496с.
204. Таганцев Н.С. - Русское уголовное право. Часть Общая. – Тула: Автограф, 2001. – Т.1. – 780 с.
205. Тацій В. Я. - Объект и предмет преступления в советском уголовном праве [Текст] / В. Я. Тацій. – Харьков : Высш. шк., 1988. – 140 с.
206. Тацій В.Я. Объект и предмет преступления по советскому уголовному праву: Учебн. пособ. – Х.: Юрид. институт, 1982.
207. Текст проекту нового Кримінального кодексу України, <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>
208. Тимейко Г.В. Общее учение об объективной стороне преступления. – Рос-тов-на-Дону, 1977.
209. Тихий В.П. Уголовное право Украины и международное право // Teise. – Vilnius universitetas, 2005. – № 54. – С.143–149.
210. Тлумачний словник-довідник моральних та духовних понять і термінів: Навч. посіб. / Уклад.: О.А. Біда, Н.В. Орлова, Л.І. Прокопенко, Ю.В. Тимошенко; За ред. Л.І. Прокопенко. – Черкаси: Вид. від. ЧНУ ім. Богдана Хмельницького, 2006. – 400 с.
211. Толковый словарь русского языка / Под ред. Ушакова Д.Н. – Т.3-Т.4. – М.: Гос. из-во иностр. и нац. словарей, 1940.
212. Трайнин А.Н. Защита мира и уголовный закон. – М.: Наука, 1969. – 454 с.
213. Ухвала Деснянського районного суду міста Чернігова від 21 липня 2022 року у справі № 750/3452/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105365165>
214. Ухвала слідчого судді Деснянського районного суду міста Чернігова від 22 липня 2022 року, у справі № 750/345-2/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107039151>

215. Учебникъ русскихъ военно-уголовныхъ законовъ / Сост. К.Слепнёвымъ. – Вып. I. – С.-Петербургъ: В тип. Гогенфельдена і Ко., 1866., с. 6-7
216. Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони: Монографія. – К.: Атіка. 2004. — 279 с.
217. Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. – М.: Юристъ, 1998.
218. Фойницкий И.Я. Курсъ уголовного права. Часть особенная. Посягательств-ва на личность и имущество. – С.-Петербургъ: Тип. М.М. Стасюлевича, 1890. – 396 с.
219. Фріс, П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина. навч. посіб. / П. Л. Фріс. – К. : Центр навч. л-ри, 2004. – 285 с.
220. Фуркало В.В. Международно-правовая защита гражданского населения в период вооруженных конфликтов: Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук / АН УССР. Ин-т государства и права. – К., 1982. – 20 с.
221. Чхиквадзе В.М. Военно-уголовное право. – Часть II. Особенная. – М.: РИО ВЮА, 1947., с.228
222. Шаргородкий М.Д. Некоторые вопросы причинной связи в теории права // Советское государство и право. – 1956. – № 7.
223. Юшков С.В. Общественно-политический строй и право Киевского государства. – М., 1949., с.19
224. Ярмыш Н.Н. Теоретические проблемы причинно-следственной связи в уголовном праве (философско-правовой анализ): Монография. — Харьков: Право, 2003. — 512 с.