

Пономарьова Тетяна Ігорівна,

доктор юридичних наук, старший дослідник,
завідувач науково-дослідної лабораторії з проблем
запобігання кримінальним правопорушенням

(Донецький державний університет внутрішніх справ, м. Кропивницький)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5209-0234>



ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ КОНТЕКСТУАЛЬНИХ ЕЛЕМЕНТІВ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

У статті розглядаються особливості визначення контекстуальних елементів воєнних злочинів. Вказується, що сучасна правова система України потребує у ратифікації Римського статуту, що надасть можливість більш комплексно захистити національну безпеку, інтереси та суспільні відносини шляхом посилення судової системи. Зазначається, що окремі кваліфікаційні проблеми на практиці пов'язані із складнощами у тлумаченні ст. 438 Кримінального кодексу (КК) України, якою передбачено кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни. Кваліфікація кримінального правопорушення за ст. 438 КК України можлива виключно за умови вчинення перелічених у диспозиції ч. 1 цієї норми дій в умовах збройного конфлікту та усвідомлення суб'єктом цієї обставини.

Ключові слова: контекстуальні елементи, міжнародне гуманітарне право, збройний конфлікт, воєнні злочини, міжнародні злочини, кваліфікація, Міжнародний кримінальний суд, кримінальна відповідальність, покарання.

Постановка проблеми. Проблема кримінально-правового забезпечення безпекового середовища, здебільшого, пов'язана із особливостями кваліфікації злочинів, що підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду та проблемами ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Проте, правоохоронна діяльність в умовах дії особливого правового режиму воєнного стану також має свої особливості щодо правильного використання кримінально-правових заборон, які визначають межі кримінальної відповідальності та покарання за злочини проти основ національної безпеки України, а також кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. Фактично, сферу правоохоронної діяльності із кваліфікації кримінальних правопорушень, пов'язаних із військовою агресією можна диференціювати на ту, що відноситься до дії міжнародного кримінального законодавства та ту, що відноситься до дії національного кримінального законодавства.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. На сьогоднішній день проблема кваліфікації міжнародних злочинів, а також визначення їх контекстуальних елементів часто стає предметом досліджень учених (С.С. Вітвіцький, О.О. Дудоров, Р.О. Мовчан, Є.С. Назимко, Є.О. Письменський та ін.). Проте, не відзначається на вказане, низка актуальних питань, залишається не в повній мірі висвітленими. Це і зумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Формування цілей статті. Метою статті є деталізація контекстуальних елементів воєнних злочинів та унормування підходів до їх визначення у національному та міжнародному кримінальному праві.

Виклад основного матеріалу. Так, в доктринальну класифікацію злочинів міжнародного характеру, тра-

диційно, входять всі діяння, об'єктивна сторона яких охоплює дії, які вчиняються поза межами України: транснаціональна злочинність, міжнародний тероризм, торгівля людьми, кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності тощо. Отже, міжнародне кримінальне право не обмежується злочинами, які підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, проте саме ці кримінальні правопорушення утворюють підґрунтя для міжнародного гуманітарного права.

Сучасна правова система України потребує у ратифікації Римського статуту, що надасть можливість більш комплексно захистити національну безпеку, інтереси та суспільні відносини шляхом посилення судової системи. Проте, важливим аспектом також є те, що ратифікація Римського статуту не має зворотної дії (окрім міжнародних злочинів, передбачених договірним міжнародним гуманітарним правом, до яких строки позовної давності не застосовуються). Водночас, відкладене правосуддя є перепорою для забезпечення належної процедури розслідування та судового розгляду, а країна, яка не є Державою-учасницею Статуту позбавлена більшості можливостей у сфері захисту цивільного населення та військовослужбовців під час дії особливого правового режиму воєнного стану. Необхідність ратифікації Римського статуту також зумовлена європейськими та євроатлантичними намірами України.

Відповідно до ст. 5 Римського статуту, юрисдикція Суду обмежується найбільш тяжкими злочинами, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства. Відповідно до цього Статуту Суд має юрисдикцію стосовно таких злочинів: а) злочин геноциду; б) злочини проти людяності; в) воєнні злочини; г) злочин агресії. Суд здійснює юрисдикцію стосовно злочину агресії, як тільки буде прийнято відповідно до ста-

тей 121 і 123 положення, що містить визначення цього злочину та встановлює умови, за яких Суд здійснює юрисдикцію стосовно цього злочину. Таке положення повинно бути сумісним з відповідними положеннями Статуту Організації Об'єднаних Націй [1]. В контексті цього положення та його співвідношення із нормами національного кримінального законодавства, основною прогалиною залишається відсутність у Кримінальному кодексі України поняття «злочинів проти людяності». У зв'язку із цим національні суди не мають юрисдикції щодо таких кримінальних правопорушень, а можуть розглядати тільки воєнні злочини, геноцид та злочин агресії. Ця проблема актуалізована як теоретиками, так і практиками та знайшла своє вирішення у проекті нового кримінального законодавства України.

У Римському статуті Міжнародного кримінального суду наведено такі основні поняття та ознаки злочинів, які підпадають під його юрисдикцію: геноцид; злочин проти людяності; воєнні злочини; злочин агресії [1]. Незалежно від того, чи розслідується і переслідується ймовірний злочинець на національному або міжнародному рівні, для встановлення індивідуальної кримінальної відповідальності за міжнародні злочини необхідно поза розумним сумнівом встановити такі основні, міжнародно визнані елементи міжнародних злочинів (за наявності): елементи, що стосуються обставин, за яких має бути вчинено злочин, або частиною яких злочин має бути; фізичні елементи (елементи об'єктивної сторони; *actus reus*) злочину: елементи, що стосуються діянь виконавця, наслідків таких діянь і обставин, за яких вони були вчинені; елементи суб'єктивної сторони (*mens rea*) злочину: елементи, які пов'язані з обізнаністю / умислом виконавця при вчиненні злочину; та види співучасті: принципи, що стосуються того, яким чином виконавець пов'язаний зі злочинними діяннями, за які несе відповідальність [1]. Традиційно, до контекстуальних елементів міжнародних кримінальних правопорушень відносяться виключні обставини, за наявності яких протиправне діяння (або окремі його ознаки) може вважатись міжнародним воєнним злочиним. Відповідно до приписів Римського Статуту Міжнародного кримінального суду, контекстуальні елементи воєнних злочинів пов'язані із вчиненням їх в межах тривалого збройного конфлікту.

Відповідно до положень національного кримінального законодавства, злочиним агресії є кримінальне правопорушення, передбачене ст. 437 КК України. Диспозиція ч. 1 ст. 437 КК України встановлює заборону на такі діяння як: планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій; ч. 2 цієї ж норми – ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій. Отже, ст. 437 КК України, фактично передбачено два окремих кримінальних правопорушення, які не мають чітко визначених контекстуальних елементів. У зв'язку із цим тлумачення статті потребує звернення до міжнародних договорів, рішень тощо.

Українська судова практика залишається розрізною з цього питання. Ухвала Верховного Суду у справі № 415/2182/20 розглядала обидва злочини, зазначені в статті 437, і дійшла висновку, що питання про те, чи можуть особи, які фактично контролюють політичні та військові дії держави, підпадати під дію статті 437, є винятковим правовим питанням, яке має бути вирішене Великою Палатою Верховного Суду. Верховний Суд визнав, що у судовій практиці судів першої та апеляційної

інстанцій існує неоднозначне застосування статті 437 через її нечіткість, що негативно впливає на додержання принципу правової визначеності та потребує передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду. Велика палата ще не прийняла рішення з цього питання. Згідно з постановою Верховного Суду, хоча положення статті 437 не містять жодних обмежень чи додаткових вимог щодо суб'єкта кримінального правопорушення, деякі вчені в галузі кримінального права стверджують, що хоча нічого в тексті статті 437 прямо не обмежує сферу застосування цієї статті до осіб, які займають керівні посади, на практиці злочин може вчинити тільки особа, яка справді здатна здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави. Цей висновок заснований на таких міркуваннях: матеріальні елементи статті 437 – «планування», «підготовка», «розв'язування» або «ведення» агресивної війни – нерозривно пов'язані з лідерським характером злочину; поширення сфери застосування злочину на інших осіб, які не займають керівні посади, було б несумісне з міжнародним визначенням злочину і, таким чином, порушувало б принцип правової визначеності в кримінальному праві. Однак, як зазначив Верховний суд, українські суди на практиці застосовували статтю 437 неоднаково. У деяких справах суди постановили, що об'єктивні елементи злочину (планування, підготовка, розв'язування або ведення агресивної війни) можуть бути здійснені тільки посадовою особою збройних сил або інших військових формувань, а також державним органом високого рівня, який через свої повноваження, здатний вчинити відповідний акт [2]. Таким чином, критерії цієї норми не відповідають вимогам Римського статуту Міжнародного кримінального суду, через різне тлумачення поняття, сутності та змісту агресії. Різне тлумачення ст. 437 КК України призводить до розбіжностей на практиці, які у більшості випадків призводять до звернення судів до міжнародного законодавства, узагальнений підхід якого дає підставу для виокремлення окремих контекстуальних ознак злочину агресії в ст. 437 КК України.

У проекті нового Кримінального кодексу України розробниками було запропоновано розділити ст. 437 КК України (в її чинній редакції) та диференціювати діяння, передбачені в ч. 1 та ч. 2 цієї статті на два самостійні види кримінальних правопорушень: 1) злочин агресії, який є кримінально караним, якщо особа, яка, маючи можливість фактично здійснювати керівництво політичною чи військовою діяльністю держави чи контролювати таку діяльність та яка особисто або спільно з іншою особою чи через іншу особу: 1) розробила план акту агресії, якщо у подальшому такий акт агресії відбувся, 2) керувала діями, спрямованими на створення умов для реалізації розробленого плану акту агресії, якщо у подальшому такий акт агресії відбувся, 3) взяла участь в ухваленні політичного рішення щодо акту агресії, якщо у подальшому такий акт агресії відбувся, 4) наказала розпочати акт агресії або 5) керувала діями, що утворюють акт агресії; 2) пропаганда акту агресії, яка має місце якщо особа, яка: 1) публічно закликала до агресивної війни чи розв'язування воєнного конфлікту, 2) виголовила матеріали із закликами до агресивної війни чи розв'язування воєнного конфлікту, 3) поширила чи публічно використала такі матеріали, 4) заперечувала ведення агресивної війни чи виправдовувала її або 5) вихваляла чи звеличувала державу-агресора чи її представника. Під *актом агресії вчені запропонували розуміти – застосування державою збройних сил будь-яким чином, відверто несумісним зі Статутом*

Організації Об'єднаних Націй, проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави, ознаки якого визначені в резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 14 грудня 1974 року [3].

Окремі кваліфікаційні проблеми на практиці пов'язані із складнощами у тлумаченні ст. 438 Кримінального кодексу України, якою передбачено кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни. Кваліфікація кримінального правопорушення за ст. 438 КК України можлива виключно за умови вчинення перелічених у диспозиції ч. 1 цієї норми дій в умовах збройного конфлікту та усвідомлення суб'єктом цієї обставини. Встановлення такого факту надає підстави як для притягнення до кримінальної відповідальності, так і утворення платформи для запобігання таким кримінальним правопорушенням.

Визначення контекстуальних елементів кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України у механізмі запобігання спрямовано на: 1) забезпечення можливості застосовувати інструментарій, передбачений та дозволений міжнародним гуманітарним та кримінальним правом (що виключається у випадку вчинення загальнокримінальних протиправних діянь). Це також утворює фундамент для побудови системи кримінального процесуального забезпечення механізму запобігання таким кримінальним правопорушенням через розширення меж дискреції органів досудового розслідування під час переслідування суб'єктів, причетних до порушення законів та звичаїв війни; 2) забезпечення кореляції між кримінологічним та кримінально-правовим запобіганням міжнародним воєнним злочинам; 3) розгалуження напрямів запобігання злочинності шляхом визначення масштабів та закономірностей насильства, притаманних організованим злочинності. Це надає можливість встановити механізм підпорядкування суб'єктів, причетних до порушення законів та звичаїв війни та довести наявність/відсутність співучасті (підбурення, пособництва тощо) посадових осіб. Окремо це також важливо для встановлення випадків легалізації (відмивання) майна, отриманого злочинним шляхом, фінансування тероризму тощо. Важливим аспектом є відсутність імунітету таких суб'єктів (зокрема і посадових осіб) перед міжнародним трибуналом; 4) віднесення діяння до міжнародного злочину надає можливість не застосовувати окремі процесуальні обмеження, що уне-

можливе уникнення суб'єктами кримінальної відповідальності та покарання (відсутність строків посадової давності); 5) посилення механізму запобігання шляхом забезпечення взаємодії національних та міжнародних судових та правоохоронних органів.

Висновки. Отже, визначення контекстуальних елементів воєнних злочинів та проведення відповідної кореляції із положеннями міжнародного гуманітарного та кримінального права надає підставу для створення сукупності заходів запобігання, які окрім кримінологічних можуть та повинні включати кримінально-правові та кримінальні процесуальні. В межах запобігання порушенню законів та звичаїв війни можуть бути актуалізовані та піддані кримінологічному впливу кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки та протиправні діяння, які вчиняються у складі злочинної організації чи організованої групи. Позитивний вплив також може бути здійснений на такі кримінальні правопорушення як фінансування тероризму та легалізація (відмивання) майна, отриманого злочинним шляхом. Злочини проти людяності, передбачені Римським статутом Міжнародного кримінального суду відсутні у національному кримінальному законодавстві. У більшості випадків, злочини проти людяності у їх значенні, закладеному в нормах міжнародного права, охоплюються об'єктивною стороною кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України (наприклад, катування, згвалтування тощо). Проте, відсутність безпосередньо передбачених злочинів проти людяності виключають можливість застосовувати до осіб, які їх вчинили процесуально-процесуальні особливості кримінального переслідування суб'єктів, які вчинили міжнародні злочини (незастосування строків давності, відповідні види покарання тощо). Таким чином, розмежування злочинів, які підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду потребує врахування таких основних ознак як: 1) наявність збройного конфлікту – порушення законів та звичаїв війни; 2) систематичність та широкомасштабність, аудиторія – виключно цивільне населення – злочини проти людяності; 3) посягання на етнічну, расову, національну тощо групу з метою її повного або часткового знищення – злочин геноциду; 4) суб'єкт реалізації кримінально протиправного умислу (особа, яка, маючи можливість фактично здійснювати керівництво політичною чи військовою діяльністю держави чи контролювати таку діяльність) – злочин агресії.

Список використаних джерел

1. Римський статут Міжнародного кримінального суду. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text
2. Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини. URL: <https://nsj.gov.ua/files/1687510022%D0%9C%D1%96%D0%B6%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D1%96%20%D0%97%D0%BB%D0%BE%D1%87%D0%B8%D0%BD%D0%B8%20%D0%9D%D0%B0%D1%81%D1%82%D1%96%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B0%20%D0%9A%D0%BD%D0%B8%D0%B3%D0%B0%20%D0%A1%D1%83%D0%B4%D0%B4%D1%96.pdf>
3. Застосування норм міжнародного гуманітарного (мгп) та міжнародного кримінального права (мпк). URL: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2020/02/Curricula_NJ_IHL_ICL_2019_UKR-1.pdf
4. Текст проекту нового Кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>

References

1. Rymyskyi statut Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu [The Rome Statute of the International Criminal Court]. Retrieved from: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text [in Ukrainian].
2. Nastilna knyha suddi: materialy dlia rozghliadu sprav pro mizhnarodni zlochyny [Hudge's desk book: materials for consideration of cases on international crimes]. Retrieved from: <https://nsj.gov.ua/files/1687510022%D0%9C%D1%96%D0%B6%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D1%96%20%D0%97%D0%BB%D0%BE%D1%87%D0%B8%D0%BD%D0%B8%20%D0%9D%D0%B0%D1%81%D1%82%D1%96%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B0%20%D0%9A%D0%BD%D0%B8%D0%B3%D0%B0%20%D0%A1%D1%83%D0%B4%D0%B4%D1%96.pdf> [in Ukrainian].

3. Zastosuvannia norm mizhnarodnoho humanitarnoho (mhp) ta mizhnarodnoho kryminalnoho prava (mpk) [Application of norms of international humanitarian law (IHL) and international criminal law (ICL)]. Retrieved from: https://newjustice.org.ua/wpcontent/uploads/2020/02/Curricula_NJ_IHL_ICL_2019_UKR-1.pdf [in Ukrainian].

4. Tekst proiektu novoho Kryminalnoho kodeksu Ukrainy [The text of the project of the new Criminal Code of Ukraine]. Retrieved from: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> [in Ukrainian].

Ponomarova Tetiana,

Doctor of Law, Senior researcher

(Donetsk State University of Internal Affairs, Kropyvnytskyi)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5209-0234>

**THEORETICAL AND LEGAL APPROACHES TO THE DETERMINATION
OF THE CONTEXTUAL ELEMENTS OF WAR CRIMES**

The article examines the peculiarities of determining the contextual elements of war crimes. It is indicated that the modern legal system of Ukraine needs the ratification of the Rome Statute, which will provide an opportunity to more comprehensively protect national security, interests and social relations by strengthening the judicial system. However, an important aspect is also that the ratification of the Rome Statute is not retroactive (except for international crimes provided for by treaty international humanitarian law, to which the statute of limitations does not apply). At the same time, delayed justice is an obstacle to ensuring a proper investigation and trial procedure, and a country that is not a State party to the Charter is deprived of most opportunities in the field of protection of the civilian population and military personnel during the operation of a special legal regime of martial law. The need to ratify the Rome Statute is also determined by Ukraine's European and Euro-Atlantic intentions. It is noted that certain qualification problems in practice are connected with difficulties in the interpretation of Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine, which provides for criminal liability for violations of the laws and customs of war. Qualification of a criminal offense under Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine is possible only if the actions listed in the disposition of part 1 of this norm are committed in the conditions of an armed conflict and the subject is aware of this circumstance. The establishment of such a fact provides grounds both for criminal prosecution and the formation of a platform for the prevention of such criminal offenses. It is concluded that the definition of the contextual elements of war crimes and the corresponding correlation with the provisions of international humanitarian and criminal law provide a basis for creating a set of preventive measures, which, in addition to criminological ones, can and should include criminal legal and criminal procedural ones. Within the framework of preventing violations of the laws and customs of war, criminal offenses against the foundations of national security and illegal acts committed as part of a criminal organization or organized group may be actualized and subjected to criminological influence.

Key words: contextual elements, international humanitarian law, armed conflict, war crimes, international crimes, qualification, International Criminal Court, criminal responsibility, punishment.