

Вадим ХАРЧЕНКО

доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального права та кримінології факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ

ORCID: 0000-0002-2412-7909

ВИЗНАЧЕННЯ ВОЄННОГО ЗЛОЧИНУ ЗА МІЖНАРОДНИМ ПУБЛІЧНИМ ПРАВОМ ТА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Не зважаючи на те, що термін «воєнні злочини» з'явився лише у ХХ столітті та знайшов своє закріплення у ст. 6 Статуту Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі [13], певні обмеження під час ведення збройних конфліктів встановлювалися людством достатньо давно. Перестороги щодо застосування тих чи інших методів і засобів ведення збройних конфліктів встановлювалися ще у III тисячолітті до н.е. в Єгипті [9, с. 321]. Частина II Правил поведінки під час негараздів давньоіндійського епосу Махабхарата також містить заборону на позбавлення життя безпорадних ворогів і тих, хто здався у полон [8]. Схожі правила існували також у стародавньому Китаї [17, Р. 1385]. Інструкція для керування діючою армією Сполучених Штатів (Кодекс Лібера) [15] також містить вказівки щодо охорони від будь-якого можливого псування класичних творів мистецтва, бібліотек, наукових колекцій, високоточних інструментів, астрономічних телескопів, так само як і лікарень, навіть коли вони розташовані в укріплених пунктах під час облоги чи бомбардувань. У зазначеній інструкції також наголошується, що твори мистецтва, бібліотеки, колекції чи інструменти, що належать ворожій державі або урядові, ні в якому разі не будуть продані, привласнені, зруйновані або навмисно пошкоджені у випадку їх захоплення арміями Сполучених Штатів [2].

Міжнародне гуманітарне право після Другої світової війни було кодифіковано Женевськими конвенціями 1949 року, в яких вперше в історії було наведено перелік воєнних злочинів з урахуванням специфіки відносин, врегульованих кожною із таких конвенцій. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у регулярних арміях [4] зобов'язує її учасників збирати на полі бою і надавати допомогу пораненим і хворим бійцям супротивника. Причому будь-яка дискримінація у відношенні поранених і хворих з причин статі, раси, національності, політичних переконань або релігії забороняється. Усі поранені та хворі, які опинилися у противника, повинні бути зареєстровані, а дані про них повідомлені тій державі, на боці якої вони воювали. Забороняється напад і користуються захистом медичні установи, санітарний персонал і транспорт для перевезення поранених, хворих і санітарного майна. Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на

морі [5] встановлює правила поведінки з хворими та пораненими під час морської війни, аналогічні правилам попередньої конвенції. Женевська конвенція про поведінку з військовополоненими [1] встановлює правила для воюючих сторін щодо поведінки із наведеною категорією осіб. Конвенція про захист цивільного населення під час війни [3] передбачає гуманне поведінку з населенням, що перебуває на окупованій території, і захищає його права.

Саме тому, кожна з чотирьох наведених конвенцій містить власний перелік суттєвих порушень їх положень, створюючи таким чином єдину систему воєнних злочинів, які у свою чергу є підставами для кримінальної відповідальності за чинним кримінальним законодавством. У спеціальній літературі до таких порушень відносять наступні дії: навмисне вбивство; катування і нелюдське поведінку, включаючи біологічні експерименти; навмисне спричинення важких страждань або серйозного каліцтва; нанесення шкоди здоров'ю; незаконне знищення і привласнення майна, якщо воно не викликане військовою необхідністю; примус цивільної особи або військовополоненого служити в збройних силах держави противника; позбавлення права на неупереджене судочинство; незаконна депортація, переміщення та незаконний арешт цивільних осіб, що перебувають під захистом; захоплення заручників [12, с. 121].

Водночас, звертає на себе увагу, що переважна більшість зазначених діянь визнаються кримінально караними у разі їх вчинення і не у зв'язку із станом війни чи збройного конфлікту, а також за умов, що така поведінка не порушує принципів міжнародного гуманітарного права. Ті ж самі умисне вбивство, катування або захоплення заручників утворюють склад відповідного кримінального правопорушення і є підставами кримінальної відповідальності й за умов, якщо таке протиправне діяння вчиняється поза межами принципів міжнародного гуманітарного права. Тому слід констатувати, що умовою віднесення суспільно небезпечного діяння до категорії воєнних злочинів завжди є його вчинення під час ведення бойових дій і обстановка його вчинення безпосередньо пов'язана зі збройним конфліктом.

Тому у цілому слід погодитися із визначенням воєнного злочину науковцями у галузі міжнародного публічного права. Так, Репецький В. М. та Лисик В. М. стверджують, що воєнним злочином є міжнародний злочин, що умисно чи з грубої необережності вчиняється комбатантом та прирівняними до них особами чи по відношенню до них цивільною особою під час збройного конфлікту, і полягає у масовому і серйозному порушенні норм міжнародного гуманітарного права та посягає на підзахисних осіб, їх права чи найважливіші принципи міжнародного гуманітарного права [12, с. 125]. Водночас, у ракурсі положень доктрини кримінального права України, наведене визначення потребує уточнення як щодо визначення психічної діяльності винного, так і щодо системоутворюючого положення щодо підстав кримінальної відповідальності як за воєнний злочин, так і за будь-яке інше кримінальне правопорушення.

По-перше, як доктрина кримінального права, так і закон про кримінальну відповідальність не розглядають таку категорію як «груба необережність». Від-

повідно до ч. 1 ст. 25 Кримінального кодексу України (далі – КК України) [7], необережність поділяється на два види: 1) кримінальну протиправну самовпевненість; 2) кримінальну протиправну недбалість. Зазначені види характеризують певні особливості (специфіку) психічної діяльності винного і не дають жодних підстав стверджувати, що один з цих двох видів необережної форми вини є більш або менш «грубим» стосовно один одного. Безумовно, доктрина кримінального права та судова практика засвідчують ставлення до кримінальних правопорушень, які вчиняються з кримінально протиправною самовпевненістю, як дещо більш суспільно небезпечних порівняно до таких самих кримінальних правопорушень, що вчиняються з кримінально протиправною недбалістю. Але такі підходи за жодних умов не можуть слугувати підставою визнання кримінально протиправної самовпевненості «грубим» різновидом необережної форми вини.

По-друге, воєнний злочин, як і будь-який інший злочин або кримінальний проступок, повинен відповідати загальним інституціям, що застосовуються до визначення кримінального правопорушення як підстави кримінальної відповідальності. Водночас, ч. 1 ст. 2 КК України як єдину підставу кримінальної відповідальності встановлює вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого кримінальним законом. Отже, наявність у законі про кримінальну відповідальність нашої держави (Особливій частині КК України) відповідної норми-заборони не тільки виступає обов'язковою передумовою визнання суспільно небезпечної поведінки як у цілому кримінальним правопорушенням, так і злочином зокрема, а й слугує невід'ємною та обов'язковою ознакою визначення воєнного злочину за національним кримінальним законодавством.

Наведене актуалізує й та обставина, що положення ч. 1 ст. 9 Конституції України [6] не може розглядатися як норма прямої дії стосовно підстав кримінальної відповідальності. Безумовно, Женевські конвенції 1949 року було ратифіковано ще Указом Президії Верховної Ради Української РСР 3 липня 1954 року, хоча із застереженнями [11], які у подальшому були зняті Законом України від 8 лютого 2006 року № 3413-IV [10]. Водночас навіть за своєю системою, формою і сутністю положення наведених конвенцій не можуть бути підставами кримінальної відповідальності за законодавством України, адже передбачені ними положення містять виключно перелік діянь, які визнаються суттєвим порушенням принципів міжнародного гуманітарного права. В той час як побудова усіх без виключення норм-заборон, передбачених Особливою частиною КК України, що встановлюють підстави кримінальної відповідальності за окремі види кримінальних правопорушень, має чітко визначену однорідну структуру, що поєднує диспозицію і санкцію кримінально-правової норми. Саме тому, чинні Женевські конвенції 1949 року, згода на обов'язковість яких на сьогодні надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України виключно і тільки у галузі міжнародного публічного права. Встановлення кола діянь, що порушують відповідні положення наведених

конвенцій і вчинення яких є підставою кримінальної відповідальності, а також визначення виду і розміру покарання у санкції відповідної норми, є виключно прерогативою закону про кримінальну відповідальність нашої держави.

У деяких джерелах щодо системи воєнних злочинів можна зустріти віднесення до цієї групи як діяння, передбаченого ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв війни», так й інших норм закону про кримінальну відповідальність, передбачених ст. 432 «Мародерство», ст. 433 «Насильство над населенням у районі воєнних дій», ст. 434 «Погане поводження з військовополоненими», ст. 435 «Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею».

Безумовно, певну специфіку утворює коло діянь, які характеризують об'єктивну сторону окремих із наведених кримінальних правопорушень. Наприклад, ст. 434 КК України визначає суспільно небезпечне діяння, що характеризує наведений склад кримінального правопорушення, як «погане поводження» з військовополоненими, в той час як підпункт а) ч. 2 ст. 3 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими визначає грубим порушенням її положень «жорстоке поводження» з особами, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема з тими особами зі складу збройних сил, які склали зброю, а також тими, які припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини [1]. Диспозиція ст. 432 визначає мародерство як викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених. В той час як ст. 28 додатку до IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 року [16] визначає поняття «мародерство» у більш широкому сенсі й вказує, що така поведінка може бути вчинена у будь-якому місті чи місцевості, навіть у випадку, якщо його взяли штурмом, і не пов'язує таку заборону із належністю речей до вбитих чи поранених.

Але головні риси, що слугують як критерієм розмежування наведених кримінальних правопорушень, так і визначають певне співвідношення між ними, на моє переконання, полягають у визначенні об'єкта, якому відповідна кримінально протиправна поведінка спричиняє шкоду чи створює загрозу її заподіяння, а також специфіка суб'єктів таких суспільно небезпечних посягань.

Родовим об'єктом кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військових кримінальних правопорушень), передбачених розділом XIX Особливої частини закону про кримінальну відповідальність, до яких і відносяться статті 432, 433, 434 та 436 КК, є суспільні відносини, які складаються і функціонують при несенні (проходженні) військовослужбовцями військової служби, що є основою нормальної діяльності воєнної організації України, відповідають законодавству України й охороняються кримінальним законом від кримінально протиправних посягань [14, с. 58]. Значені відносини врегульовані такими національними нормативно-правовими актами як Конституція і закони України, військові статути, положення військової присяги, накази міністра оборони України тощо, які визначають відповідний порядок несення (проходження) військової служби певними категоріями осіб.

Склад кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв війни» має своїм безпосереднім об'єктом відносини, що забезпечують мир та міжнародний правопорядок у сфері війни та збройних конфліктів. Як зазначалося вище, ключовою особливістю цього кримінального правопорушення є його зв'язок з міжнародними нормативно-правовими актами у цій сфері, імплементація яких нашою державою нормативно обумовлює встановлення відповідної заборони й слугує підставою кримінальної відповідальності на засадах, передбачених ч. 1 ст. 2 КК України. У зв'язку із цим, звертає на себе увагу й побудова диспозиції цієї норми. Поряд із способом опису ознак цього кримінального правопорушення шляхом наведення без розкриття змісту переліку діянь, вчинення яких й утворює склад цього кримінального правопорушення, у диспозиції ч. 1 ст. 438 КК України вказується і на «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Саме наявність такого посилання й обумовлює характеристику диспозиції цієї норми як банкетну, тобто обумовлює звернення до міжнародно-правових угод гуманітарного характеру, що і визначають або наводять перелік таких порушень.

Також звертає увагу і нормативне визначення кола осіб, які підлягають кримінальній відповідальності за кримінально протиправну поведінку в умовах збройного конфлікту. Так суб'єктом воєнного злочину, передбаченого ст. 438 КК України цілком обґрунтовано визначено комбатантів, тобто осіб, які входять до складу збройних сил воюючих сторін і беруть безпосередню участь у бойових діях, а також прирівняних до них осіб (вояків добровольчих і партизанських загонів, ополченців та повстанців). Разом з тим, суб'єктами цього кримінального правопорушення можуть бути й цивільні особи у разі вчинення ними відповідного діяння щодо комбатантів.

Водночас, визначаючи коло суб'єктів кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військових кримінальних правопорушень), ч. 2 ст. 401 КК України наголошує, що за відповідними статтями цього розділу несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України. Іншими особами, які визначені законом, також можуть бути військовозобов'язані та резервісти під час проходження зборів, а також поліцейські поліції особливого призначення Національної поліції України, які під час дії воєнного стану залучені до безпосередньої участі у бойових діях (у випадках, передбачених абз. 2 ч. 2 ст. 401 КК України). Саме тому, різниця в об'єкті відповідних кримінальних правопорушень та щодо кола осіб, які підлягають кримінальній відповідальності у разі їх вчинення, дозволяє стверджувати про співвідношення норм, передбачених статтями 432, 433, 434 та 436 КК України, із складом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України, як спеціальних та загальної норм,

якщо характеристика вчиненого діяння співпадають. За таких умов, застосуванню підлягає виключно спеціальна норма, а поєднання підстав кримінальної відповідальності можливе виключно за умов реальної сукупності кримінальних правопорушень, передбачених наведеними нормами.

Також звертає на себе увагу й характеристика психічної діяльності особи у разі вчинення нею кримінальних правопорушень, передбачених статтями 432, 433, 434, 436 та 438 КК України. У всіх без виключення випадках суб'єктивна сторона наведених складів кримінальних правопорушень характеризується виключно умисною формою вини. Тому посилення у визначенні «воєнні злочини», що наводиться у царині міжнародного публічного права, на можливість їх вчинення з «грубої необережності» є неприпустимим з точки зору права кримінального.

На підставі проведеного аналізу, та використовуючи напрацювання у галузі міжнародного публічного права, вважаємо за можливе навести таке кримінально-правове визначення категорії, що є предметом цієї наукової роботи. Воєнний злочин – це передбачене законом про кримінальну відповідальність суспільно небезпечне діяння, що умисно вчиняється комбатантом та прирівняними до них особами чи щодо них цивільною особою під час збройного конфлікту і полягає у порушенні норм міжнародного гуманітарного права. На цій підставі можна стверджувати, що такі кримінальні правопорушення, виходячи із специфіки їх об'єкту, на сьогодні передбачені виключно у розділі XX Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку».

1. *Женевська конвенція про поводження з військовополоненими* : Конвенція ООН від 12.08.1949. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text.
2. *Інструкція для керування діючою армією Сполучених Штатів (Кодекс Ліберта) США; Інструкція, Витяг, Міжнародний документ від 24.04.1863*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/840_057#Text.
3. *Конвенція про захист цивільного населення під час війни* : Конвенція ООН від 12.08.1949. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.
4. *Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях* : ООН; Конвенція ООН від 12.08.1949. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text.
5. *Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі* : Конвенція ООН від 12.08.1949. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152#Text.
6. *Конституція України* : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>.
7. *Кримінальний кодекс України* : Закон від 05.04.2001 № 2341-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
8. *Магабгарата. Шантіпарва або Книга про мир. Книга двадцята*. URL : https://shron1.chtyvo.org.ua/Davnioindiiska_kultura/Mahabharata_Knyha_12_Shantiparva_abo_Knyha_pro_myr.pdf?

9. Міжнародне публічне право : підручник / [В. М. Репецький та ін.] ; за ред. проф. В. М. Репецького ; Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка, Ф-т міжнар. відносин. 2-е вид., стер. Київ : Знання, 2012. 437 с.
10. Про зняття застережень України до Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року : Закон України від 08.02.2006 № 3413-IV. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3413-15#Text>.
11. Про ратифікацію Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року про захист жертв війни : Указ Президії Верховної Ради Української РСР від 03.07.1954. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114%D0%B0-03#Text>.
12. Репецький В. М., Лисик В. М. Поняття та ознаки воєнних злочинів // Альманах міжнародного права. – 2009. – Вип. 1. – С. 120–125. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/amp_2009_1_15.
13. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних військових злочинців : Міжнародний документ від 08.08.1945 № 998-201. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_201#Text.
14. Харитонов С. О. Кримінальна відповідальність за військові злочини за кримінальним правом України. Харків : Право, 2018. 328 с.
15. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field [Electronic resource] / Prepared by Francis Lieber, promulgated as General Orders No. 100 by President Lincoln, 24 April 1863. – Mode of access: http://lawofwar.org/general_order_100.htm.
16. IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі : Конвенція від 18.10.1907. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text.
17. The English Historical Review. Vol. 128, No. 535, pp. 1381–1417.

Kharchenko Vadym. Definition of a war crime under public international law and criminal law of Ukraine

The article deals with the issues of defining the category of «war crimes» in the science of public international law and in the doctrine of criminal law of Ukraine. The author examines the epistemological aspects of the formation and development of this concept in the historical and legal historical monuments of mankind. It is stated that since ancient times there have been restrictions and prohibitions on taking the lives of helpless enemies and those who surrendered, as well as protection from any possible damage to classical works of art, libraries, scientific collections, high-precision instruments, as well as hospitals. The development of international humanitarian law in this area is associated with the end of the Second World War. The article analyzes the corpus delicti of criminal offenses against the established order of military service (military criminal offenses), the commission of which is associated with a violation of the principles of international humanitarian law, as well as the act provided for in Article 438 of the Criminal Code of Ukraine “Violation of the Laws and Customs of War”. The author concludes that the above criminal offenses differ from each other both in terms of the range of acts characterized by them, and in terms of the object of the offense and the range of persons who may commit them. Based on this, the author concludes that some of the

military criminal offenses correlate with the elements of the crime provided for in Article 438 of the Criminal Code of Ukraine as special and general norms. Agreeing with the definition of “war crime” in the science of public international law, the article offers the author’s own definition of this category in the criminal law of Ukraine as a socially dangerous act provided for by the law on criminal liability which is intentionally committed by a combatant and persons equated to them or by a civilian in relation to them during an armed conflict and which consists in violation of international humanitarian law. On this basis, it is argued that war crimes, based on the specifics of their object, are currently provided for exclusively in Chapter XX of the Special Part of the Criminal Code of Ukraine “Criminal Offenses against Peace, Human Security and International Law and Order”.

Keywords: Geneva Conventions of 1949; grounds for criminal liability; war crimes; criminal offenses against the established order of military service; criminal law qualification.

Харченко Вадим. Визначення воєнного злочину за міжнародним публічним правом та кримінальним правом України.

У статті розглядаються питання визначення категорії «воєнні злочини» у науці міжнародного публічного права та у доктрині кримінального права України. Розглянуто ґносеологічні аспекти становлення і розвитку цього поняття в історичних та правових історичних пам’ятках людства. Констатується, що з давніх часів існували обмеження і заборони на позбавлення життя безпорадних ворогів і тих, хто здався у полон, а також охорони від будь-якого можливого псування класичних творів мистецтва, бібліотек, наукових колекцій, високоточних інструментів, так само як і лікарень. Розвиток міжнародного гуманітарного права у цій царині пов’язується із закінченням другої світової війни. У роботі аналізуються склади кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військових кримінальних правопорушень), вчинення яких пов’язане з порушенням принципів міжнародного гуманітарного права, а також діяння, передбачене ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв війни». Робиться висновок, що наведені склади кримінальних правопорушень різняться між собою як за колом діянь, якими вони характеризуються, так і за об’єктом посягання та колом осіб, які можуть їх вчинити. На підставі цього робиться висновок про співвідношення окремих із військових кримінальних правопорушень із складом злочину, передбаченого ст. 438 КК України, як спеціальних та загальної норми. Погоджуючись із визначенням «воєнного злочину» у науці міжнародного публічного права, у роботі пропонується авторське визначення цієї категорії у кримінальному праві України як передбаченого законом про кримінальну відповідальність суспільно небезпечного діяння, що умисно вчиняється комбатантом та прирівняними до них особами чи щодо них цивільною особою під час збройного конфлікту, і полягає у порушенні норм міжнародного гуманітарного права. На цій підставі стверджується, що воєнні злочини, виходячи із специфіки їх об’єкту, на сьогодні передбачені виключно у розділі XX Особливої частини КК України «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку».

Ключові слова: Женевські конвенції 1949 року; підстава кримінальної відповідальності; воєнні злочини; кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби; кримінально-правова кваліфікація.