

Міністерство освіти і науки України
Національний університет “Києво-Могилянська академія”
Факультет правничих наук
Кафедра кримінального та кримінального процесуального права

МАГІСТЕРСЬКА РОБОТА

освітній ступінь – магістр

на тему:

**“КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА
ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ ВІДПОВІДНО ДО СТ. 438 КК УКРАЇНИ”**

**“THE CRIMINAL LIABILITY FOR VIOLATIONS OF THE LAWS AND
CUSTOMS OF WAR IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 438 OF THE
CRIMINAL CODE OF UKRAINE”**

Виконала: студентка 2 року навчання
Спеціальності 081 Право
Скоробогата Мар’яна Вячеславівна

Керівник: Горох Олексій Петрович
доктор юридичних наук, доцент

Рецензент: _____

Магістерська робота захищена з
оцінкою _____

Секретар ЕК _____

“ ___ ” _____ 2025 р.

Декларація академічної доброчесності

Я Скоробогата Мар'яна Вячеславівна,
студентка 2 року навчання магістерської
програми за спеціальністю „Право“ фа-
культету правничих наук НаУКМА
підтверджую таке:

- написана мною магістерська робота на
тему „Кримінальна відповідальність за
порушення законів та звичаїв війни
відповідно до статті 438 КК України“
відповідає вимогам академічної доброчес-
ності та не містить порушень, передба-
чених п. 3.1. Положеннями про академічну
доброчесність здобувачів освіти НаУКМА,
зі змістом якої я ознайошена;
- я заявляю, що надана мною для пере-
вірки електронна версія роботи є ідентич-
ною її друкованій версії.

08.05.2025 р.



Скоробогата М.В.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	4
РОЗДІЛ 1 СОЦІАЛЬНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ ВСТАНОВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЗАБОРОНИ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ.....	8
1.1. Підстави криміналізації порушення законів та звичаїв війни, історико-правовий та порівняльно-правовий аналіз.....	8
1.2. Міжнародно-правові зобов'язання України щодо криміналізації порушень законів та звичаїв війни.....	16
РОЗДІЛ 2 ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА СКЛАДУ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ.....	26
2.1. Об'єкт порушення законів та звичаїв війни.....	26
2.2. Об'єктивна сторона порушення законів та звичаїв війни.....	33
2.3. Суб'єкт порушення законів та звичаїв війни.....	52
2.4. Суб'єктивна сторона порушення законів та звичаїв війни.....	55
РОЗДІЛ 3 ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ.....	67
3.1. Напрями вдосконалення кримінального законодавства про порушення законів та звичаїв війни.....	67
ВИСНОВКИ.....	76
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	79

ВСТУП

Актуальність обраної теми магістерського дослідження визначається необхідністю належного забезпечення дії норм міжнародного гуманітарного права в умовах збройних конфліктів, які у XXI столітті набули особливої інтенсивності та супроводжуються масштабними порушеннями прав людини. Ігнорування таких норм створює загрозу для держави-учасниці збройного конфлікту і для міжнародного правопорядку загалом. В такі часи забезпечення належної юридичної відповідальності за порушення законів і звичаїв війни є ключовим елементом підтримання системи прав людини.

У фокусі даного дослідження перебуває кримінально-правове правопорушення, яке за своєю суттю становить порушення норм міжнародного гуманітарного права, а саме – порушення законів та звичаїв війни, що становлять склад воєнних злочинів. Варто зауважити, що відповідно до Закону України № 4012-IX від 09.10.2024 року “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв’язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього” було внесено зміни до Кримінального кодексу України, внаслідок чого статтю 438 Кримінального кодексу України викладено в новій редакції зі зміною її назви на “Воєнні злочини” [1]. Однак, оскільки тема дипломної роботи та її структура були затверджені до ухвалення вказаного Закону, в межах цього дослідження продовжується розглядатися досліджуваний склад злочину під усталеною назвою “порушення законів та звичаїв війни”, зберігаючи при цьому розуміння того, що змістовно йдеться саме про криміналізацію воєнних злочинів у сучасному правовому сенсі.

Збройна агресія Російської Федерації проти України, що триває з 2014 року та набула форми повномасштабного вторгнення з лютого 2022 року, продемонструвала на практиці істотну вразливість національного механізму притягнення до відповідальності осіб, причетних до скоєння воєнних злочинів.

Щоденні події війни висвітлюють масштаби злочинних дій, що порушують закони та звичаї ведення війни, а отже – потребують належної кримінально-правової оцінки. До повномасштабного вторгнення стаття 438 Кримінального кодексу України, можна сказати, що не була застосовна. На жаль, реалії сьогодення змусили звернутися до цього положення, щоб кваліфікувати діяння військовослужбовців держави-агресора та забезпечити їхню відповідальність за свої діяння. Для України це стало новим викликом, оскільки існують свої труднощі у правильному тлумаченні та застосуванні положень національного та міжнародного права,

Дослідження цієї теми є важливим для аналізу та оцінки діючого законодавства України, міжнародного права, практики їх застосування та виконання та проблем застосування. Актуальність обраної теми зумовлена необхідністю правильної кваліфікації відповідних діянь та аналізу механізмів притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні воєнних злочинів.

Об'єктом дослідження є кримінально-правові відносини, що виникають під час збройних конфліктів, проблеми кваліфікації та притягнення до відповідальності винних осіб за порушення законів та звичаїв війни.

Предметом дослідження виступає зміст та особливості реалізації положень статті 438 Кримінального кодексу України, а також їх співвідношення з нормами міжнародного гуманітарного права.

Метою дослідження є виявлення та аналіз особливостей кримінально-правового регулювання, застосування та виконання статті 438 Кримінального кодексу України, яка передбачає відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, з урахуванням міжнародних стандартів та національної практики.

Завдання дослідження включають в себе визначення правової природи порушення законів та звичаїв війни; аналіз нормативно-правової бази, яка регулює відповідальність за порушення законів та звичаїв війни в Україні; огляд

міжнародних нормативно-правових актів, що регулюють питання порушення законів та звичаїв війни, зокрема, положення міжнародного гуманітарного права, міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; оцінку ефективності їх імплементації в українське законодавство та його застосування на практиці; розгляд проблем законодавства та перспектив вдосконалення національного законодавства у сфері порушення законів та звичаїв війни.

До джерел, що використовувалися під час даного дослідження, відносяться: нормативно-правові акти України, зокрема Конституція України, Кримінальний кодекс України, Кримінальний процесуальний кодекс України; міжнародні договори, конвенції, протоколи; наукові праці вітчизняних і зарубіжних авторів; аналітичні звіти, статистичні дані, зокрема матеріали Офісу Генерального прокурора, Головного управління Національної поліції; рішення міжнародних та національних судів, які стосуються застосування статті 438 Кримінального кодексу України; та інші джерела, які висвітлюють проблематику дослідження. Тема даного дослідження неодноразово розглядалася науковцями, такими як: М. І. Мельник, А. А. Музика, В. О. Навроцький, Д. О. Коваль, М. І. Хавронюк, К. П. Задоя, С. О. Харитонов, О. В. Сенаторова, Г. С. Нуріджян, М. В. Піддубна, А. А. Вознюк, О. В. Таран, С. С. Чернявський, Н. О. Антонюк, М. В. Мазур, І. В. Гловюк, Н. А. Орловська, Ю. П. Степанова, З. А. Загиней-Заболотенко, О. З. Гладун та інші. Особливе значення для дослідження мають положення Женевських конвенцій 1949 року та їх додаткових протоколів, Римського статуту Міжнародного кримінального суду.

Методологічна основа дослідження: методологічною основою дослідження є загальнофілософські та загальнонаукові методи пізнання явищ і процесів у системі міжнародного та національного кримінального права. Для досягнення мети дослідження будуть використані такі методи наукового пізнання, як аналіз, синтез, порівняння, класифікація, інтерпретація, системний, історичний, логічний, юридичний та статистичний методи. Метод аналізу

дозволяє виявити сутність, структуру, форми та прояви об'єкта дослідження (положення національного та міжнародного права). За допомогою синтезу можна узагальнити та упорядкувати отримані результати аналізу та далі побудувати цілісну картину досліджуваного явища. За допомогою методу порівняння виявлено схожість та відмінності норм міжнародного гуманітарного права та кримінального права України, практики їх застосування та виконання в різних ситуаціях збройних конфліктів. Я використовувала метод інтерпретації для визначення змісту та значення об'єкту дослідження з урахуванням їх контексту, а історичний метод – щоб простежити історичний розвиток та перспективи формування та розвитку кримінального права України та практики його застосування та виконання. Статистичний метод дозволяє інтерпретувати кількісні дані та отримати об'єктивну інформацію про стан явищ, які пов'язані з кримінальною відповідальністю за порушення законів та звичаїв війни, проведення аналізу статистичних даних щодо засудження винних осіб (на базі звітів Офісу Генерального прокурора України).

Дослідження буде проводитися за такими етапами: постановка проблеми, визначення мети, об'єкта, предмета, методології дослідження; аналіз кримінально-правового регулювання, застосування та виконання статті 438 Кримінального кодексу України; аналіз міжнародно-правового регулювання питань кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни; порівняльний аналіз міжнародних та національних норм та практики судів; визначення недоліків законодавства, а також висновки та рекомендації щодо вдосконалення національного законодавства та практики застосування та виконання статті 438 Кримінального кодексу України.

РОЗДІЛ 1

СОЦІАЛЬНА ЗУМОВЛЕНІСТЬ ВСТАНОВЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ЗАБОРОНИ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ

Підстави криміналізації порушення законів та звичаїв війни, історико-правовий та порівняльно-правовий аналіз

Питання криміналізації порушень законів та звичаїв війни, на жаль, було актуальним у всі часи. Підстави для такого кримінального переслідування зумовлені низкою історичних факторів, які безпосередньо впливають на розвиток і стан сучасного суспільства. Ці злочини є особливо небезпечними, вони посягають на найвищі цінності, оскільки несуть із собою страждання та біль у найжорстокіших їх проявах та мають важкі наслідки для осіб .

Через це, власне, і з'являється потреба криміналізувати такі злочини. Міжнародне гуманітарне право встановлює обов'язок дотримання воюючими сторонами законів та звичаїв війни, що певною мірою дозволяє контролювати перебіг збройного конфлікту, оскільки воно має тримати в рамках сторони конфлікту. В ідеальному світі такі обмеження мають запобігати ескалації конфлікту та, як наслідок, зменшити кількість людських жертв і втрат, однак на практиці можна побачити зовсім іншу картину.

Микола Хавронюк, аналізуючи міжнародні договори в розумінні статті 438 Кримінального кодексу України, зазначає, що ключовим стимулом для формування і розвитку норм міжнародного гуманітарного права стали події війни останніх двох століть. Йдеться про війни, які мали масштабні та руйнівні наслідки, насамперед у Європі [2]. Кожний такий великий збройний конфлікт сприяв укладенню нових міжнародно-правових актів, кожний з яких тою чи іншою мірою має регулювати поведінку сторін у війні.

Автор у своїй статті наводить конкретний перелік воєнних подій, що сприяли розвитку міжнародного гуманітарного права та укладення відповідних міжнародних договорів (або створення нових звичаїв). До цього переліку належать наступні воєнні події та відповідний міжнародний акт, який був прийнятий як наслідок: австро-італійська (1848-1849 рр.) та франко-австрійська війна (1859 р.) стали поштовхом до прийняття Женевської конвенції 1864 року та Санкт-Петербурзької декларації 1868 року. Подальші конфлікти, зокрема австро-прусска (1866 р.), франко-прусска (1870-1871 рр.), війни Османської імперії з Балканськими державами (1876-1878 рр.), обумовили ухвалення Брюссельської декларації 1874 року та низки Гаазьких конвенцій і декларацій 1899 року. Перша світова війна (1914-1918 рр.) та громадянські війни й війни за незалежність у Європі (1917-1922 рр.) сприяли появі Гаазьких правил повітряної війни 1923 року, Женевського протоколу 1925 року про заборону хімічної та бактеріологічної зброї і двох Женевських конвенцій 1929 року. Громадянська війна в Іспанії (1936-1939 рр.), Друга світова війна (1939-1945 рр.), конфлікти в Азії та на Близькому Сході призвели до створення чотирьох Женевських конвенцій 1949 року, Гаазької конвенції 1954 року про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту та відповідного протоколу, а також Конвенції про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності 1968 року. Війна в Алжирі (1954-1962 рр.), громадянські війни в Лаосі (1960-1973 рр.), Камбоджі (1967-1975 рр.) та війна у В'єтнамі (1959-1975 рр.), обумовили прийняття Конвенції 1976 року про заборону впливу на довкілля у військових цілях, двох Додаткових протоколів до Женевських конвенцій 1977 року, а також Конвенції ООН 1980 року про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї. Наостанок, події геноциду в Руанді (1990-1994 рр.) та війни в колишній Югославії (1991-2001 рр.) зумовили створення Римського статуту Міжнародного кримінального суду 1998 року, що започаткував постійну інституцію для переслідування воєнних злочинців [2].

Наведені факти доводять, що людство щоразу реагувало та вдосконалювало правила та звичаї ведення війни, адже в такий вразливий та

страшний час не можна допускати додаткових видів насильства. Війна сама по собі є трагедією для людства, а коли в ній використовуються заборонені діяння, що приносять додаткові страждання – це вже перетворюється на звірство.

Згідно з усталеними принципами криміналізації, до кримінального кодексу слід включати лише ті діяння, які завдають суттєвої шкоди базовим цінностям, мають суспільну небезпечність високого ступеня та не можуть бути ефективно попереджені іншими засобами, окрім кримінально-правових санкцій. Воєнні злочини, безсумнівно, відповідають цим критеріям: вони посягають на фундаментальні блага: життя і здоров'я людей, їхню свободу, гідність, власність, культурні цінності – в умовах збройного конфлікту, коли діють норми міжнародного гуманітарного права. І, власне, історичний досвід світових воєн і збройних конфліктів попереднього століття призвів до усвідомлення необхідності кримінальної заборони таких діянь. Україна як сторона міжнародних договорів імплементувала відповідні положення, включивши воєнні злочини до національного Кримінального кодексу. Вже в 1960 році Кримінальний кодекс УРСР містив норми про відповідальність за злочини проти миру, що мало продовження в Кримінальному кодексі України і в статті 438, яка встановлює покарання за порушення законів та звичаїв війни.

Формування кримінальної відповідальності за воєнні злочини в національних правових системах, зокрема в Україні, обумовлено цілою низкою історичних і правових чинників. В своїй праці Ігор Чорний виділяє декілька основних історичних факторів, які вплинули на розвиток міжнародного кримінального права [3]. Такі події супроводжувалися усвідомленням необхідності захисту людства від масових порушень під час збройних конфліктів. Воєнні злочини самі по собі є одними з найбільш тяжких злочинів відповідно до міжнародного права, тому в національному законодавстві їх не можна було просто оминати.

Автор зазначає, що вітчизняне розуміння сутності воєнних злочинів зазнало значного впливу історичних обставин радянського періоду, оскільки

тривала відсутність незалежної правової системи, цензура та ідеологічна заангажованість призвели до викривленого трактування понять, пов'язаних з цими термінами, через це і злочини, вчинені під час збройних конфліктів, часто залишалися поза межами об'єктивної правової оцінки [4].

Наступним чинником стали події Другої світової війни, які спричинили кардинальні зміни в міжнародному гуманітарному праві, передусім в частині заборон щодо поводження з цивільними особами, військовополоненими та іншими учасниками збройних конфліктів [5]. В цей період було закладено основу нашого сучасного уявлення про міжнародні злочини.

Звісно, варто також зазначити і про роль міжнародних кримінальних трибуналів. Йдеться про тимчасові (Нюрнберзький, Токійський, Міжнародний трибунал для колишньої Югославії) та постійні інститути (Міжнародний кримінальний суд), які стали таким собі “еталоном” стандартів забезпечення відповідальності за воєнні злочини, адже вони сприяли формуванню прецеденту для кваліфікації воєнних злочинів [6].

П'ятий і останній чинник стосується імплементації міжнародно-правових норм у систему національного права. Якщо говоримо про Україну – то це положення статті 438 Кримінального кодексу України, які мають бланкетний характер і відсилають до норм міжнародного права, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Це зумовлює необхідність для національних судів тлумачити та застосовувати положення міжнародного гуманітарного та кримінального права у практиці кваліфікації діянь, що мають ознаки воєнних злочинів [3].

Міжнародне гуманітарне право містить обов'язок держав забезпечувати дотримання його норм та відповідальність за їх порушення. Ця відповідальність має як державний, так і індивідуальний (кримінальний) вимір. Зокрема, відповідно до загально визнаних норм міжнародного права, держави зобов'язані забезпечити відшкодування шкоди, завданої внаслідок порушень законів і звичаїв

війни, а також притягати до відповідальності осіб, винних у таких порушеннях, зокрема шляхом застосування кримінально-правових санкцій.

Попри жорстокі реалії війни, навіть у таких умовах необхідно зберігати людяність і не виходити за межі встановлених норм. Особливо це стосується тих, хто наділений владою, пов'язаною з її військовим або наближеним до військового статусом – адже саме такі люди часто дозволяють собі виходити за рамки допустимого і чинити страшні злочини. На практиці, на жаль, існує чимало прикладів, коли озброєна особа, маючи владу над беззбройними, скоює неприпустимі дії. Цивільні особи в таких ситуаціях є абсолютно беззахисними – особливо вразливими, ніж у мирний час.

Саме захист таких осіб і є завданням міжнародного гуманітарного права, яке регулює поведінку під час збройних конфліктів, та міжнародного співтовариства, що прагне запобігти подібним злочинам. Сьогодні, в умовах воєнного стану в Україні, це питання набуло особливої актуальності. Криміналізація порушень законів та звичаїв війни пов'язана з історичним досвідом людства в умовах збройних конфліктів, визнаною суспільною небезпечністю діяння, виконанням взятих на Україну міжнародно-правових зобов'язань. Криміналізація воєнних злочинів має на меті захист цивільного населення в умовах збройного конфлікту [3] та має спиратися на принципи законності, справедливості, гуманізму та невідворотності відповідальності.

Воєнні злочини мають низку характерних та специфічних ознак, що відрізняють їх від інших кримінальних правопорушень. Однією з ключових умов є те, що такі діяння можуть бути вчинені виключно в умовах збройного конфлікту – міжнародного або неміжнародного. Їм притаманна багатоспрямованість: посягання одразу на кілька об'єктів, серед яких – життя, здоров'я, гідність особи, а також встановлені правила ведення бойових дій. Воєнні злочини зазвичай мають особливо жорстокий характер і завдають значної шкоди суспільним інтересам та міжнародній безпеці. Такі злочини вчиняються з прямим умислом, а особа, яка їх вчиняє, усвідомлює не лише суть свого діяння,

а й наявність збройного конфлікту та особливий правовий статус потерпілих, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права.

У національному законодавстві України відповідальність за порушення міжнародного гуманітарного права передбачена статтею 438 Кримінального кодексу України, яка встановлює кримінальну відповідальність за порушення законів і звичаїв війни. У кримінальному законодавстві України вони були інкорпоровані в статтю 438 Кримінального кодексу України як “порушення законів та звичаїв війни”, проте після внесення змін відповідно до відповідно до Закону України № 4012-IX від 09.10.2024 року “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв’язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього” ця стаття була перейменована на “воєнні злочини”, а її диспозицію оновлено задля більшої відповідності положенням міжнародного права [1]. Незважаючи на такі зміни, в межах цього дослідження продовжується аналіз правової природи порушення законів та звичаїв війни, адже нова назва статті радше відображає узагальнене поняття воєнного злочину, водночас залишаючи незмінною його сутність, яка полягає у криміналізації найбільш тяжких порушень норм міжнародного гуманітарного права.

Законодавець у частині першій статті 438 Кримінального кодексу України визначає основні форми вчинення воєнних злочинів. Зокрема, до них віднесено: жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, а також застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом [2]. Водночас, віддання наказу про вчинення таких дій також розглядається як самостійна форма кримінально караної поведінки. Окрім того, дана норма, вочевидь, сформульована як бланкетна, згідно з якою кримінально караними є також інші порушення законів та звичаїв війни, передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. В даному контексті йдеться не лише про

договірне право, а і про звичаї, які описуються в Женевських конвенціях. Стаття 438 Кримінального кодексу України стосується порушення норм міжнародного гуманітарного права, під час порушення законів і звичаїв війни посягання здійснюється на тих осіб, які знаходяться під захистом в розумінні саме міжнародного гуманітарного права.

Частина перша статті 438 Кримінального кодексу України встановлює відповідальність за жорстоке поводження з цивільним населенням. До таких дій належать катування, нелюдське або принизливе поводження, нанесення важких тілесних ушкоджень, умисне спричинення сильного фізичного чи морального страждання, а також протиправне вилучення органів чи тканин людини. Такі діяння становлять грубе порушення норм міжнародного права та підлягають відповідному кримінально-правовому переслідуванню згідно з українським законодавством [7].

Санкції за порушення можуть включати позбавлення волі на термін, що залежить від тяжкості злочину, або навіть довічне ув'язнення, якщо такі діяння спричинили смерть людини. Кримінальною санкцією за такі злочини є позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років, а якщо вони спричинили смерть людини – позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Практика застосування статті 438 Кримінального кодексу України виявляє ряд особливостей та викликів. За словами судді Наталії Марчук, не виникає значних труднощів з обвинуваченнями за діями, які прямо передбачені статтею, але існує необхідність звертатися до міжнародного кримінального права, зокрема, при розгляді дій щодо жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням [8]. Оскільки дана стаття має бланкетний характер, вона вимагає звернення до міжнародних договорів і нормативних актів для визначення, що таке засоби ведення війни, звичаї війни, закони війни.

Однак, вироби за статтею 438 Кримінального кодексу України почали ухвалюватися, особливо після початку повномасштабного вторгнення в

2022 році. Аналіз наявної судової практики засвідчує численні випадки засудження осіб за вчинення злочинів, що кваліфікуються як порушення норм і принципів міжнародного гуманітарного права. Серед таких – жорстоке поводження з військовополоненими, незаконне привласнення культурних або національних цінностей, застосування засобів і методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами, а також інші дії, що порушують закони та звичаї ведення війни[9].

Міжнародне гуманітарне право передбачає індивідуальну відповідальність окремих осіб, і кожна держава-учасниця збройного конфлікту зобов'язана вживати ефективних заходів для запобігання порушенням зазначених норм, а у разі їх вчинення – забезпечити невідворотність притягнення винних осіб до кримінальної відповідальності [10].

Держави несуть обов'язок ідентифікувати, розшукати та передати судовим органам тих осіб, які віддали наказ або допустили вчинення міжнародних злочинів, включно із злочинами, що стали можливими через невжиття належних заходів запобігання. Зазначене зобов'язання не обмежується юрисдикційними межами та застосовується незалежно від громадянства особи, що підлягає переслідуванню, і потерпілого, та незалежно від територіального місця вчинення злочину. Відповідні положення міжнародного права допускають також передачу таких осіб іншим державам якщо є підстави вважати, що вони вчинили серйозні порушення гуманітарного права [11].

Ледь не вирішальна роль у забезпеченні притягнення винних осіб до відповідальності за вчинення воєнних злочинів в Україні належить передусім органам досудового розслідування та судам. Повноваження щодо розслідування зазначеної категорії злочинів покладено на Службу безпеки України, яка забезпечує виявлення, належну фіксацію, процесуальне оформлення та документування фактів, які свідчать порушення норм міжнародного гуманітарного права. А розгляд відповідних кримінальних проваджень, у свою чергу, здійснюється судами загальної юрисдикції з дотриманням загальних

правил територіальної підсудності, встановлених процесуальним кодексом України [12].

Обов'язок дотримання норм міжнародного гуманітарного права покладається на всі сторони збройного конфлікту незалежно від його класифікації як міжнародного чи неміжнародного. Порухення таких норм веде до персональної відповідальності кожного суб'єкта, що брав участь у таких діях.

Створення Міжнародного кримінального суду, діяльність якого базується на положеннях Римського статуту, заклало підвалини для поширення універсальної юрисдикції на найбільш тяжкі злочини міжнародного характеру. Це дало змогу переслідувати осіб, які вчинили воєнні злочини як у межах міжнародного, так і неміжнародного збройного конфлікту, незалежно від їхньої національної приналежності чи офіційного статусу.

1.2. Міжнародно-правові зобов'язання України щодо криміналізації порушень законів та звичаїв війни

Як вже зазначалося, в міжнародному гуманітарному праві охорона цивільних осіб і заборона порушення законів та звичаїв війни виходить на перший план. Розвиток міжнародних договорів та практики їх застосування вказують на зростаюче бажання міжнародної спільноти відмежуватись від варварських методів ведення воєнних дій, що несуть безпідставну жорстокість.

Обсяг зобов'язань сторони міжнародного збройного конфлікту (війни) визначається як нормами звичаєвого права, так і договірними нормами міжнародного гуманітарного права, ратифікованими кожною стороною. Загалом, основними напрямками міжнародного гуманітарного права є “право Гааги” (щодо обмеження використання заборонених методів та засобів війни) та “право Женеві” (щодо захисту жертв збройних конфліктів), що засновані на принципах гуманності, розрізнення, пропорційності, військової необхідності.

До “права Женеви” відносяться чотири Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року про захист жертв війни, а також два Додаткові протоколи до них від 8 червня 1977 року: Женевська конвенція I про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях [13]; Женевська конвенція II про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі [14]; Женевська конвенція III про поводження з військовополоненими [15]; Женевська конвенція IV про захист цивільного населення під час війни [16]; Додатковий протокол I, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів [17]; Додатковий протокол II, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру [18]; Додатковий протокол III, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми [19].

“Право Гааги” включає в себе IV Гаазьку Конвенцію про закони і звичаї сухопутної війни та додаток до неї – Положення про закони та звичаї сухопутної війни [20]; Гаазьку конвенцію про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 року [21].

До інших міжнародних договорів, що стосуються роз’яснення змісту статті 438 Кримінального кодексу України, належать Конвенція про заборону розробки, виробництва та нагромадження запасів бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї та про її знищення 1972 року [22]; Конвенція про заборону воєнного або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище, Нью-Йорк 1976 року [23]; Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію 1980 року [24]; Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення 1993 року [25]; Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення 1997 року [26]; Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних та інших газів і рідин та бактеріологічних засобів 1925 року [27]; Конвенція про заборону розробки,

виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення 1993 року [28]; Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах 2000 року [29]; Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень 2006 року [30].

Ще одним важливим джерелом міжнародного гуманітарного права є міжнародні звичаї – звичаєві норми, кодифіковані Міжнародним Комітетом Червоного Хреста [31]. Міжнародні звичаї є джерелом міжнародного гуманітарного права та обов'язковими до дотримання.

При такому великому переліку міжнародних договорів, що стосуються теми воєнних злочинів, не всі з них містять положення, що мають перелік заборонених діянь, що охоплюються статтею 438. Цей перелік, скоріше, є допоміжними нормами для застосування українськими судами для конкретизації положень українського законодавства щодо порушень законів та звичаїв війни [32].

В Україні актом, що містить узагальнені роз'яснення норм міжнародного гуманітарного права, є Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних силах України [34].

Під час міжнародних збройних конфліктів застосування норм припиняється із загальним закінченням воєнних дій, а на окупованій території – із закінченням окупації, за винятком застосування щодо осіб, чиє звільнення, репатріація або влаштування будуть здійснені після цих строків. Ці особи мають перебувати під захистом відповідно до положень Женевської конвенції та Додаткового протоколу I аж до їхнього звільнення, репатріації або влаштування [34].

Коли ми розглядаємо статтю 438 Кримінального кодексу України, ми бачимо, наскільки важливим є впровадження міжнародних гуманітарних стандартів у національне законодавство. Стаття надає загальні формулювання, що вимагають звернення до цілого переліку міжнародних договорів для

конкретизації заборонених дій, через посилання на такі документи, щоб визначити, що таке воєнні злочини. Таким чином, хоча стаття 438 Кримінального кодексу України є загальною, вона набуває конкретики завдяки прямому посиланню на міжнародне право. У Додатковому протоколі I до Женевських конвенцій серйозні порушення законів війни визначаються як “воєнні злочини”.

Особлива увага приділяється також і Римському статуту Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 року, який закріплює принцип комплементарності, забезпечуючи співпрацю між національною та міжнародною системами юстиції. Ця комплементарність відіграє ключову роль у притягненні до відповідальності осіб, які використовують заборонені засоби ведення війни, оскільки вона дозволяє Міжнародному кримінальному суду діяти у випадках, коли національні суди не можуть або не хочуть розглядати такі справи. До того, як Верховна Рада України ратифікувала Римський статут Міжнародного кримінального суду 21 серпня 2024 року, ухваливши Закон України № 3909-IX “Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього” [34], вона визнала юрисдикцію Суду “ad hoc” [35] – на конкретні випадки, відповідно до пункту 3 статті 12 Римського статуту [36]. Це було здійснено на підставі Заяви Верховної Ради України від 25 лютого 2014 року щодо подій на Майдані, а також постанови ВРУ від 4 лютого 2015 року, якою Україна визнала юрисдикцію Міжнародного кримінального суду стосовно воєнних злочинів та злочинів проти людяності, вчинених на території держави з початку збройного конфлікту [37], [38]. До того ж, відповідно до статті 8 Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом сторони співпрацюють з метою зміцнення миру та міжнародного правосуддя шляхом ратифікації та імплементації Римського статуту Міжнародного кримінального суду та пов’язаних з ним документів, тому це є міжнародним зобов’язанням України.

Римський статут, як кодифікований міжнародний документ, широко застосовується українськими правоохоронними органами, слідчими,

прокурорами та судами як орієнтир у кваліфікації діянь, що можуть становити воєнні злочини відповідно до норм міжнародного гуманітарного права. Такий підхід узгоджується з міжнародною практикою, яка дозволяє використовувати норми Римського статуту як джерело тлумачення при застосуванні звичаєвого міжнародного гуманітарного права у внутрішній системі.

Згідно з формулюванням статті 438 Кримінального кодексу України, зокрема її положенням про “інші порушення законів та звичаїв війни”, можна зробити висновок, що перелік злочинів, зазначений у попередніх положеннях, не є вичерпним і охоплює також інші діяння, які суперечать нормам міжнародного гуманітарного права.

Відповідно до цієї статті, порушенням законів та звичаїв війни визнаються будь-які інші діяння, передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України. Таким чином, правова конструкція норми є відкритою і дозволяє охопити широкий спектр правопорушень, що кваліфікуються як воєнні злочини на основі норм міжнародного права.

У розділі XX Кримінального кодексу України “Кримінальні злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку” зазначена стаття розглядає грубі порушення правил ведення війни як окремі кримінальні злочини. Водночас вона не обмежується конкретним переліком, а охоплює й інші можливі порушення, передбачені чинними міжнародними договорами, що є обов’язковими для України.

Посилання на “інші порушення законів і звичаїв війни, передбачені міжнародними угодами” мають дуже загальний характер і не конкретизують, які саме дії заборонені згідно зі статтею 438 Кримінального кодексу України. Посилання на “міжнародне право” та “міжнародні угоди” стосуються договорів міжнародного гуманітарного права, учасником яких є Україна, що передбачають воєнні злочини. Для конкретизації заборонених дій згідно зі статтею 438 необхідно звертатися до міжнародних документів, які інтерпретують ці договори

міжнародного гуманітарного права, таких як Римський статут Міжнародного кримінального суду і судова практика цього суду та інших міжнародних судів і трибуналів [32].

У статті 438 Кримінального кодексу України йдеться, наприклад, про застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародними договорами, до складу якого входить такі воєнні злочини, наприклад, неправомірне використання прапорів, знаків розрізнення чи форменого одягу противника. Така поведінка заборонена пунктом 2 статті 39 Додаткового протоколу I, у якому міститься, що забороняється використовувати прапор, військові емблеми, військові знаки розрізнення чи форму іншої сторони під час нападу або для прикриття, сприяння, захисту чи перешкоджати веденню військових дій. Оскільки цей акт є способом ведення війни, забороненим міжнародними документами, його можна охарактеризувати як використання прапора, військової відзнаки, знаків розрізнення або уніформи іншої сторони з метою прикриття, сприяння, захисту або перешкоджання військовим діям, що дуже загально описується статтею 438 Кримінального кодексу України [39].

Відповідно до статті 438 Кримінального кодексу України застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародними договорами, є воєнним злочином. Наприклад, надмірне знищення та привласнення майна, не виправдане військовою необхідністю та здійснене протизаконно та безпідставно проти майна, що охороняється, становить серйозне порушення Першої, Другої та Четвертої Женевських конвенцій. Ці дії можуть кваліфікуватися як знищення та заволодіння майном у великих розмірах за статтею 438 Кримінального кодексу України, якщо вони вчинені проти майна, яке охороняється цими конвенціями [40].

Додатковий протокол I також забороняє заподіяння шкоди природному середовищу, забороняється використання, призначене для заподіяння чи ймовірності заподіяння широкомасштабної, тривалої шкоди природному середовищу. Оскільки Україна є учасницею Додаткового протоколу I, такі дії

можуть вважатися нападами, які можуть призвести до випадкової загибелі цивільних осіб, поранень цивільних осіб, серйозних пошкодження цивільних об'єктів або широкомасштабних, довготривалих і серйозних збитків, що, відповідно до статті 438 Кримінального кодексу України, було б надмірним порівняно з конкретною і безпосередньою очікуваною військовою перевагою [41].

Римський Статут передбачає взаємодію між національними та міжнародними кримінальними системами, оскільки Статут передбачає принцип комплементарності, який забезпечує пріоритет національної юрисдикції за умови її здатності та готовності здійснювати належне кримінальне переслідування. Відповідальність за воєнні злочини може бути реалізована і в самій державі, так і через міжнародні судові інституції. Але при цьому всьому ефективність такого механізму прямо залежить від відповідності національного законодавства міжнародним стандартам, зокрема у сфері криміналізації діянь, що порушують закони та звичаї війни.

З аналізу Статуту можна зробити висновок, що Міжнародний кримінальний суд доповнює національні органи кримінальної юстиції, а не замінює їх. Якщо національна судова система працює добре і здатна займатися кримінальними справами, які підпадають під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, то втручання Суду не є необхідним. Його доповнення національною системою кримінальної юстиції, яка не може або не бажає переслідувати винних, є важливою гарантією протидії безкарності за злочини проти людяності, геноцид, воєнні злочини тощо. Є достатньо підстав для того, щоб не вбачати протиріч з національними конституціями в зв'язку з принципом додатковості, який зафіксований у Римському статуті [42].

У контексті російської агресії проти України після 2014 року та повномасштабного вторгнення з 2022 року, питання застосування статті 438 Кримінального кодексу України для притягнення до відповідальності осіб, що вчинили воєнні злочини на території України, стало особливо актуальним [43].

Україна подала заяви про визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави під час мирних акцій протесту з 21.11.2013 по 22.02.2014, а також про визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій “ДНР” та “ЛНР” на території України з 20.02.2014 і по теперішній час. У грудні 2020 року ситуацію в Україні визнано такою, що відповідає критеріям Статуту для відкриття розслідування.

З початком повномасштабного вторгнення прокурор Міжнародного кримінального суду відкрив провадження щодо можливих воєнних злочинів та злочинів проти людяності, вчинених на території України, та на цей час суд уже видав ордер на арешт президента Російської Федерації. Міжнародний кримінальний суд не може притягнути Російську Федерацію до відповідальності за акт агресії, але він все ще може переслідувати окремих суб’єктів за воєнні злочини, злочини проти людяності та геноцид.

В Україні існує потреба в детальнішому аналізі цієї статті, та також необхідно імплементувати норми міжнародного гуманітарного права в наше законодавство. За цей період були спроби внести відповідні зміни в законодавство, щоб охопити всі міжнародні зобов’язання – були зареєстровані важливі законопроекти щодо цього, але, на жаль, вони досі залишаються не підписаними.

Формування кримінальної відповідальності за воєнні злочини в національних правових системах, зокрема в Україні, є історично зумовленим процесом, який відбувався під впливом еволюції міжнародного гуманітарного та

кримінального права. Кожен масштабний збройний конфлікт упродовж ХІХ–ХХ століть спонукав міжнародну спільноту до укладення нових правових актів, спрямованих на гуманізацію війни та забезпечення покарання за її найтяжчі порушення. Утвердження принципів невідворотності відповідальності, персоналізації покарання та універсальності юрисдикції стало результатом накопиченого досвіду воєн, зокрема Другої світової війни.

Міжнародно-правові зобов'язання стали одним із визначальних чинників криміналізації порушення законів та звичаїв війни: держава зобов'язана переслідувати воєнні злочини, забезпечуючи виконання принципу універсальної юрисдикції щодо таких діянь. Відповідно, законодавець визнав суспільну небезпечність цих посягань настільки високою, що їх криміналізація є виправданою й необхідною.

Воєнні злочини становлять виняткову суспільну небезпеку, адже вони порушують елементарні норми моралі та гуманності, завдають великої шкоди цивільному населенню, культурній спадщині, довкіллю, та в цілому підривають міжнародну безпеку та порядок. У цьому контексті соціальна зумовленість криміналізації полягає у потребі суспільства в захисті від найбрутальніших форм насильства та забезпеченні справедливості.

Необхідно забезпечити ефективну взаємодію між національним та міжнародним правом, дотримання принципу комплементарності відповідно до Римського статуту Міжнародного кримінального суду. В умовах міжнародного конфлікту, де межі законності та прав людини надто часто розмиті, ключову роль відіграє саме цей взаємозв'язок між національним та міжнародним правом, який в кінцевому результаті призводить до невідворотності відповідальності за воєнні злочини. Це демонструє зобов'язання держав і міжнародної спільноти покласти край безкарності та забезпечити притягнення до відповідальності осіб, винних у воєнних злочинах.

Стаття 438 Кримінального кодексу України встановлює відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, ратифікованих Україною. Стаття

акцентує на порушеннях законів та звичаїв війни, що мають бути оцінені в контексті міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права для точної кваліфікації дій як воєнних злочинів. Через неконкретизованість і бланкетність деяких положень статті та визначення серйозності порушень, існує необхідність звертатися до міжнародних договорів для точного визначення змісту цих злочинів. Широке формулювання, яке охоплює “інші порушення законів та звичаїв війни”, безпосередньо посилається на комплексну норму, яка враховує як міжнародні договори, так і міжнародне звичаєве право. Враховуючи прийняте визначення серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, цілком логічно трактувати цю норму як таку, що охоплює всі воєнні злочини, визначені міжнародними договорами.

Важливість дотримання зазначених обмежень полягає у забезпеченні захисту цивільних осіб та збереженні гуманітарних принципів навіть у часи збройних конфліктів. У зв'язку з воєнними діями на території України, що включають широкомасштабне застосування заборонених засобів і методів ведення війни, питання притягнення винних осіб до відповідальності згідно зі статтею 438 Кримінального кодексу України набуває особливої актуальності. Воєнні злочини, вчинені проти українських військових і цивільних осіб, є предметом міжнародної уваги і розслідувань.

РОЗДІЛ 2

ЮРИДИЧНА ХАРАКТЕРИСТИКА СКЛАДУ ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ

2.1. Об'єкт порушення законів та звичаїв війни

Основним безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого статтею 438 Кримінального кодексу України, є суспільні відносини, міжнародний порядок ведення війни, а також додатковим обов'язковим об'єктом є життя та здоров'я особи або власність, залежно від форми злочину. Безпосередній об'єкт злочину за статтею 438 залежить від конкретної форми порушення законів та звичаїв війни

Злочини, що підпадають під дію статті 438 Кримінального кодексу України, становлять серйозну загрозу, оскільки завдають шкоди, яка не зумовлена воєнною необхідністю, учасникам збройного конфлікту, цивільним особам, об'єктам критичної інфраструктури, природному середовищу та культурним і національним цінностям.

Основним безпосереднім об'єктом посягання є норми міжнародного гуманітарного права, що регламентують правила ведення війни. І, власне, залежно від характеру конкретного злочинного діяння, передбаченого частиною першою зазначеної статті, можуть додатково порушуватися такі суспільні відносини, як: особиста недоторканність, здоров'я, свобода, честь і гідність особи, її майнові та трудові права, статева свобода тощо. Усі ці об'єкти мають альтернативний характер [44]. У разі вчинення злочину, описаного в частині другій статті 438 Кримінального кодексу України (якщо такі діяння спричинили загибель людини), додатковим безпосереднім об'єктом виступає життя людини.

Щоб визначити, що таке посягання на правила ведення війни, порушення норм міжнародного гуманітарного права, необхідно визначити поняття самого міжнародного гуманітарного права. Відповідно до Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних силах України

міжнародне гуманітарне право (право збройних конфліктів, “jus in bello”) – система міжнародно визнаних правових норм і принципів, що застосовуються під час збройних конфліктів, встановлюють права і обов’язки суб’єктів міжнародного права щодо заборони чи обмеження використання певних засобів і методів ведення збройної боротьби, забезпечення захисту жертв конфлікту та визначають відповідальність за порушення цих норм [34].

Під потерпілим у кримінальному праві розуміється особа, якій злочином заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду і яка визнана потерпілою на підставі Кримінального процесуального кодексу. У контексті воєнних злочинів специфіка об’єкту його складу полягає в тому, що потерпілими найчастіше є множина осіб, причому особливого статусу. Міжнародне гуманітарне право оперує поняттям захищених осіб – до них належать цивільні особи, що не беруть участі у конфлікті, військовополонені, поранені й хворі комбатанти, медичний і духовний персонал тощо [44].

Особами, які знаходяться під захистом міжнародного гуманітарного права є жертви збройних конфліктів; цивільні особи; представники збройних сил або особи, що беруть безпосередню участь у бойових діях, які склали зброю або з іншої причини не мають більше засобів і не перебувають під владою протилежної сторони конфлікту; медичний і духовний персонал; парламентарі і особи, які їх супроводжують; персонал цивільної оборони; персонал, який відповідає за захист і охорону культурних цінностей; персонал, який бере участь у гуманітарних акціях. Напад на таких осіб забороняється.

Відповідно до міжнародних договорів жертвами збройного конфлікту є поранені та хворі військовослужбовці; особи, які потерпіли корабельну аварію (аварію літального апарата); особи, зниклі безвісти; загиблі (померлі); військовополонені або інші особи, свобода яких обмежена у зв’язку зі збройним конфліктом; цивільні особи, які знаходяться в районі воєнних дій та на окупованій території; а також комбатанти, у випадках, коли до них застосовуються заборонені методи або засоби ведення війни (наприклад,

використання віроломства, застосування зброї невибіркової дії, катування тощо). Жертвами воєнних злочинів можуть виступати як цивільні особи, так і комбатанти, за умови, що на момент вчинення протиправного діяння вони перебували під захистом міжнародного гуманітарного права [44].

Цивільна особа – будь-яка особа, яка не входить до складу збройних сил та не є членом збройної групи. Цивільні особи користуються захистом, за винятком окремих випадків і періоду, коли вони беруть безпосередню участь у воєнних діях. У разі сумнівів щодо того, чи є особа цивільною, вона вважається цивільною. Наявність серед цивільного населення окремих людей, які не підпадають під визначення цивільних осіб, не позбавляє решту населення цивільного статусу і захисту, який надається міжнародним гуманітарним правом [34].

Згідно зі статтями 13–16 Першої Женевської конвенції [13], статтями 12–20 Другої Женевської конвенції [14], статтями 4–6 Третьої Женевської конвенції [15] та статтями 4, 27, 32–34 Четвертої Женевської конвенції [16], ці категорії осіб мають статус “захищених осіб”. Окрім того, стаття 8(2) Римського статуту Міжнародного кримінального суду [36] передбачає, що навіть комбатанти можуть стати жертвами воєнного злочину, якщо щодо них вчинено дії, які порушують норми міжнародного гуманітарного права.

Таким чином, потерпілими від воєнних злочинів можуть бути не лише цивільні особи, а й військовослужбовці, якщо на момент вчинення злочину вони підлягали захисту згідно з нормами міжнародного права. У випадках, не передбачених міжнародними угодами, цивільні особи та комбатанти залишаються під захистом і дією загальних принципів міжнародного права, які базуються на сталих звичаях, принципах гуманності та вимогах суспільної свідомості [46].

З цього випливає, що якщо потерпіла особа не входить до вищезазначеного переліку, тоді діяння, вчинені щодо таких осіб не можна кваліфікувати за

статтею 438 Кримінального кодексу, натомість вони можуть бути кваліфіковані як загальнокримінальні чи військові злочини [44].

Категорія предмета злочину – це певна річ матеріального світу (або інший об’єкт, напр. документ), з приводу якої вчиняється злочин і яка перебуває в об’єктивному зв’язку зі способом його вчинення. У статті 438 можна виділити декілька предметів злочину, прямо згаданих у диспозиції: наприклад, “національні цінності на окупованій території”, які є предметом злочину розграбування в контексті воєнних злочинів. Маються на увазі матеріальні об’єкти, що становлять цінність для нації (культурні, історичні пам’ятки, майно держави чи громади, інші матеріальні ресурси).

Тому предметом воєнного злочину можуть бути, наприклад, музейні експонати, картини, церковні реліквії тощо. У вироках українських судів за статтею 438 вже трапляються кейси мародерства: наприклад, викрадення автотранспорту підприємства окупантами [48]. В цьому вирокі викрадені автомобілі – це і є предмет злочину (національні цінності в широкому сенсі як майно на окупованій території). Отже, предмет цього різновиду воєнного злочину – речі, що незаконно привласнюються. На відміну від звичайної крадіжки чи грабежу, тут предмет спеціальний – це цінності саме на окупованій території, тобто власність, захищена міжнародним правом від розграбування під час війни.

Предметом іншого різновиду злочину є засоби, використання яких заборонено міжнародним правом. Йдеться про зброю масового ураження, хімічну, біологічну, отруйну зброю, деякі види мін, куль (наприклад, кулі, що розгортаються чи сплющуються в тілі – заборонені Гаазькою декларацією 1899 року) тощо. Тож якщо окупанти застосовують, скажімо, хімічні отруйні речовини як зброю – предметом злочину буде цей заборонений засіб (хімічна зброя). Заборонені також і певні методи (наприклад, невибіркові або негуманні методи ведення бойових дій – атаки без розбору, терор цивільного населення, використання живих щитів тощо). Тож в такому разі предметом можуть бути не

тільки речі, але й символи – скажімо, неправомірне використання емблеми Червоного Хреста, і такі дії підпадають під статтю 438 як порушення звичаїв війни. Тут предмет – символ, знак, який використано зловмисно (наприклад, автомобіль з символікою ООН для проникнення на об'єкт). Аналогічно предметом воєнного злочину може бути, приміром, білий прапор, якщо його використовують обманно для захоплення противника (це віроломство, заборонене статтею 37 Протоколу I).

Міжнародне гуманітарне право встановлює захист об'єктів, які не мають військового значення, обмежує сторони, що воюють, у виборі засобів і методів ведення війни. Цивільними об'єктами вважаються всі об'єкти, що не є військовими. У разі сумнівів щодо використання цивільного об'єкта у воєнних цілях він вважається цивільним, та вони не мають бути об'єктами нападу [34].

За словами Андрія Вознюка, обов'язковою ознакою окремих видів порушення законів і звичаїв війни (наприклад, розгарбування національних цінностей) є наявність предметів цих злочинів. До них належать національні та культурні цінності, майно, об'єкти тваринного та рослинного світу, будівлі чи споруди тощо. Поняття національних цінностей трактується як багатовимірне явище, до яких відносять: соціальні, матеріальні та духовні блага, що задовольняють життєво важливі потреби населення й сприяють всебічному розвитку особистості, суспільства та держави; об'єкти цивільного призначення, включаючи рухоме та нерухоме майно, які водночас є носіями культурної спадщини (архітектурні, історичні, мистецькі й археологічні пам'ятки, архіви, рукописи, музеї, бібліотеки, колекції); усі матеріальні об'єкти, що мають економічну, культурну, наукову, історичну, екологічну або іншу суспільно значущу цінність, перебувають у власності держави, її громадян, юридичних осіб (крім іноземних), а також релігійних і громадських організацій, зареєстрованих на території країни [46].

Під культурними цінностями слід розуміти об'єкти, що мають велике значення для культурної спадщини народів і відіграють важливу роль у

духовному житті людей (пам'ятники архітектури та історії, твори мистецтва, релігійні або світські пам'ятники, археологічні об'єкти, музеї, бібліотеки, архіви, театри тощо). В Україні облік об'єктів культурної спадщини ведеться у Державному реєстрі національного культурного надбання, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 12 серпня 1992 року № 466 “Про затвердження Положення про Державний реєстр національного культурного надбання” [49]. Культурним цінностям, що мають виняткове значення, надається спеціальний захист, та вони не повинні використовуватись у воєнних цілях. Число таких об'єктів обмежене і вони заносяться в Міжнародний реєстр культурних цінностей, які знаходяться під спеціальним захистом [45].

Відповідно до Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій до об'єктів, які знаходяться під захистом міжнародного гуманітарного права належать: медичні формування; санітарно-транспортні засоби; цивільні об'єкти; культурні цінності; установки і споруди, що містять небезпечні сили; об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення; об'єкти цивільної оборони; місцевості, що не обороняються; демілітаризовані зони; санітарні та безпечні зони і місцевості; нейтралізовані зони; госпітальні зони та місцевості; природне середовище.

Військово-політичне керівництво Російської Федерації передбачало напади на об'єкти інфраструктури, стратегічних і військових об'єктів на початку війни, але війська держави-агресора систематично почали атакувати та бомбардувати саме житлові будинки цивільного населення, що однозначно становить об'єкт, на який посягається відповідно до статті 438 Кримінального кодексу України.

До проблемних аспектів під час кваліфікації воєнних злочинів відноситься встановлення факту збройного конфлікту та статусу потерпілих. Для правильної кваліфікації за статтею 438 обов'язково має бути доведено, що подія відбулася у контексті збройного конфлікту (міжнародного чи неміжнародного). На практиці це питання, зазвичай, не викликає сумнівів щодо подій після повномасштабного вторгнення, оскільки Верховна Рада офіційно схвалила указ про воєнний стан, і

очевидно, що дії Російської Федерації створили міжнародний збройний конфлікт. Більше дискусій виникало щодо періоду 2014-2021 роках на Сході України: формально війни не оголошували, але фактично мав місце неміжнародний збройний конфлікт між українськими силами та незаконними збройними формуваннями за підтримки Російської Федерації.

Для кваліфікації за статтею 438 треба було встановити, що потерпілі мали статус цивільних осіб або осіб, які перестали брати участь у бойових діях (військовополонених, поранених тощо). Якщо ж йдеться про напад на комбатанта супротивника під час бою, то це, хоча й насильницьке діяння, але не є воєнним злочином, бо не порушує правила ведення війни (це ведення бойових дій згідно з законами війни). Таким чином, важливою обставиною є статус особи, проти якої спрямоване діяння. У випадку сумнівів щодо статусу діє презумпція захищеності цивільних: особа вважається цивільною, доки не доведено інше. У судових рішеннях зазвичай зазначається, що потерпілий не був комбатантом (наприклад, цивільний одяг, відсутність зброї, роль – місцевий мешканець тощо), що і буде відмежовувати воєнний злочин від “легітимних” воєнних дій.

Доцільно буде у роз’ясненнях Пленуму Верховного Суду України або у тексті нового Кримінального кодексу України дати визначення термінам, не просто даючи посилання на міжнародне право. Наприклад, можна пояснити, що “розграбування національних цінностей” включає широкомасштабне привласнення окупаційною владою державного або колективного майна, культурних цінностей, що охороняються міжнародним правом. А “заборонені засоби ведення війни” – це види зброї або бойових речовин, застосування яких заборонене міжнародними договорами.

Отже, потерпілими від порушень законів та звичаїв війни можуть бути: мирні жителі (громадяни України чи іншої держави, які не беруть участі у воєнних діях), військовополонені (комбатанти противника, які потрапили під владу іншої сторони), а також особи, що перестали брати участь у бойових діях (демобілізовані, поранені, хворі та осіб, які зазнали корабельної аварії тощо).

Слід зазначити, що згідно зі статтею 55 Кримінального процесуального кодексу України потерпілим може бути також юридична особа – наприклад, якщо воєнним злочином завдано шкоди підприємству, установі (знищено будівлю лікарні, пограбовано підприємство). У такому разі потерпілим визнається ця юридична особа в частині матеріальної шкоди. Проте основна маса потерпілих у справах за статтею 438 – це фізичні особи. При чому потерпілими можуть бути як безпосередньо ті, кому заподіяно шкоду, так і їхні близькі (родичі загиблих, які втратили годувальника, зазнали моральної шкоди тощо). Наприклад, у аналізованій в наступному підрозділі справі про вбивство цивільного мешканця потерпілими визнано його родичів, які виступали на суді, оскільки сам загиблий не міг вже бути учасником процесу [50].

2.2. Об'єктивна сторона порушення законів та звичаїв війни

Об'єктивна сторона охоплює зовнішній прояв злочину – суспільно небезпечне діяння, його наслідки, причинний зв'язок, спосіб, місце, час, обстановку. У випадку порушення законів та звичаїв війни об'єктивна сторона має складну структуру, оскільки ця стаття є збірною та описує цілу групу альтернативних діянь. До об'єктивної сторони воєнного злочину належать: а) дія (рідше бездіяльність), що порушує ту чи іншу норму міжнародного гуманітарного права; б) наслідки такої дії (факультативно, бо деякі порушення формальні, а більшість – матеріальні зі шкодою); в) обстановка вчинення – збройний конфлікт (війна); г) причинний зв'язок між дією і наслідками. У статті 438 перераховані типові види діянь: жорстоке поводження з військовополоненими або цивільними, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування цінностей, застосування заборонених засобів та методів ведення війни, а також загальна категорія “інші порушення законів та звичаїв війни”. В кінці додається: “а також віддання наказу про вчинення таких дій”, що розширює коло можливих форм [2].

Кожна з названих дій має свій склад: наприклад, “жорстоке поводження” передбачає певне ставлення до потерпілих (насильство, знущання), “вигнання” – примусове переміщення людей, “розграбування” – вилучення майна, “заборонені засоби” – застосування специфічної зброї. А категорія “інші порушення” включає ще багато можливих дій, серед яких основні класи, відомі з міжнародного права: напади на цивільних осіб, напади на цивільні об’єкти, неправомірне знищення або захоплення майна, не викликане військовою необхідністю, взяття заручників, зґвалтування та сексуальне насильство, депортація або насильницьке переміщення населення, навмисне залишення без допомоги поранених, мародерство та інші. Кримінальний кодекс України не перераховує їх усіх, посилаючись на міжнародні договори. Але розуміння об’єктивної сторони передбачає з’ясування, яке конкретно діяння інкримінується.

Під жорстоким поводженням з військовополоненими або цивільним населенням розуміються дії, які відповідно до міжнародного права забороняються: вбивати чи ранили ворога, який здався; застосовувати щодо цивільного населення та військовополонених тортури, мордування, образливе, принижуюче та жорстоке поводження, взяття заручників, інші акти насильства, що мають на меті тероризувати цивільне населення; піддавати військовополонених науковим чи медичним дослідженням, які не виправдовуються їхнім лікуванням та інтересами, тощо [51].

Під примусовими роботами слід розуміти залучення цивільного населення до трудової діяльності без їхньої добровільної згоди, особливо якщо така праця пов’язана з військовими діями, виконується за межами території проживання або є неоплачуваною чи оплачується несправедливо. До таких робіт також належать завдання, що не відповідають фізичним чи розумовим можливостям виконавців, участь неповнолітніх осіб, а також обов’язкова трудова мобілізація до структур військового чи напіввійськового типу [52].

Відповідно до IV Гаазької конвенції 1907 року, її Додаткового протоколу та Гаазької конвенції про захист культурних цінностей під час збройного конфлікту 1954 року розграбування національних цінностей заборонено міжнародним гуманітарним правом. Йдеться про насильницьке вилучення культурних, історичних чи інших цінностей із музеїв, сховищ, житлових приміщень або інших об'єктів, що перебувають у приватній чи публічній власності, із подальшим вивезенням за межі окупованої території [20], [21].

У веденні збройного конфлікту воюючі сторони обмежені міжнародним правом, яке накладає конкретні обмеження і заборони на методи і засоби ведення війни. У доктрині міжнародного права під засобами ведення війни потрібно розуміти зброю та інші засоби, що застосовуються збройними силами воюючих сторін для завдання шкоди і поразки противнику, а під методами ведення війни – порядок і способи використання засобів ведення війни [53].

Стаття 8 Римського статуту визначає змістовний перелік форм воєнних злочинів, до яких належать:

1. грубі порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, а саме будь-яке з таких діянь проти осіб або майна, що охороняються згідно з положеннями відповідної Женевської конвенції:

- *умисне вбивство;*
- *катування або нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти;*
- *умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю;*
- *широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо;*
- *примушення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави;*
- *умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд;*
- *незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі;*
- *взяття заручників;*

2. *інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах у встановлених рамках міжнародного права, а саме будь-яке з таких діянь:*

- *умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях;*
- *умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями;*
- *умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, доки вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи або цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;*
- *умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою;*
- *напад на незахищені й такі, що не є військовими цілями, міста, села, помешкання або будівлі чи їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів;*
- *вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався;*
- *неналежне використання прапора парламентаря, прапора чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є смерть або заподіяння особі серйозних ушкоджень;*
- *переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію чи депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території;*
- *умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями;*
- *заподіяння особам, які перебувають під владою ворожої сторони, фізичного каліцтва або здійснення над ними медичних чи наукових експериментів будь-якого характеру, які не обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або лікарняного лікування відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб;*

- віроломне вбивство або поранення осіб, що належать до ворожої нації чи армії;
- заява про те, що пощади не буде;
- знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю;
- оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони;
- примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти їхньої власної країни, навіть якщо вони перебували на службі воюючої сторони до початку війни;
- розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;
- застосування отрути або отруєної зброї;
- застосування задушливих, отруйних або інших газів та всіх аналогічних рідин, матеріалів чи засобів;
- застосування куль, що легко розгортаються або сплющуються в тілі людини, таких, як кулі з твердою оболонкою, яка не повністю покриває осердя або має надрізи;
- застосування зброї, боєприпасів і матеріалів, а також методів ведення війни такого характеру, які спричиняють надмірні ушкодження чи непотрібні страждання або які за своєю суттю є невідбирковими в порушення норм міжнародного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боєприпаси і матеріали та методи ведення війни є предметом всеохоплюючої заборони;
- посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження;
- зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, як вона визначена в підпункті (f) пункту 2 статті 7, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства, яка також становить грубе порушення Женевських конвенцій;
- використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від військових операцій;
- застосування лазерної зброї, спеціально сконструйованої таким чином, що її основною бойовою функцією чи однією з бойових функцій є завдання постійної сліпоти органам зору людини, яка не використовує оптичних приладів, тобто незахищеним органам зору або органам зору, що мають засоби для корекції зору;
- умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби, а також на персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями;
- умисне використання голодування цивільного населення як методу ведення війни шляхом позбавлення його предметів, необхідних для виживання, у тому числі умисне

створення перешкод для надання допомоги, як це передбачено відповідно до Женевських конвенцій;

- набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях;
- застосування зброї, яка використовує мікробіологічні чи інші біологічні агенти або токсини, незалежно від їхнього походження чи способу виробництва;
- застосування зброї, основна дія якої полягає в заподіянні ушкоджень осколками, які не виявляються в тілі людини за допомогою рентгенівських променів [36].

Щоб наочно окреслити різні типові форми воєнних злочинів, в межах цього дослідження було розглянуто декілька вироків національних судів, в яких діяння обвинувачених кваліфікували за статтею 438 Кримінального кодексу України.

Рішенням Солом'янського районного суду міста Києва від 23 травня 2022 року у справі № 760/5257/22 було зафіксовано, як після зіткнення з українськими збройними силами, російські військові захопили автомобіль цивільного та покинули місце події, керуючись у бік кордону з Росією. На своєму шляху вони натрапили на одну неозброєну особу похилого віку на велосипеді, яка в цей час розмовляла по мобільному телефону. Один з військових відкрив вогонь зі своєї зброї у напрямку цієї людини, внаслідок чого той помер на місці. Під час слухання у суді обвинувачений зазначив, що діяв з міркувань безпеки, передбачаючи, що цивільний міг передати інформацію про їх розташування [50]. Діяння обвинуваченого було кваліфіковано як порушення законів і звичаїв війни, що передбачене ч. 2 ст. 51, п. "а" ч. 3 ст. 85 Додаткового Протоколу I, яке поєднане з умисним вбивством відповідно до ч. 2 ст. 438 Кримінального кодексу України, та було призначено покарання у виді довічного позбавлення волі.

Наприклад, у справі № 750/2891/22 від 01 листопада 2022 року Деснянський районний суд м. Чернігова суд вважає доведеною винуватість обвинуваченого, який є сержантом Збройних сил Російської Федерації, який розвернув башту танка та здійснив прицільний постріл по житловому

багатопверховому будинку, у порушенні законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а його дії вірно кваліфікованими за ч. 1 ст. 438 Кримінального кодексу України, та призначив йому покарання у виді 10 років позбавлення волі [54].

Вироком Котелевського районного суду Полтавської області у справі № 535/244/22 від 21 вересня 2022 року солдати Російської Федерації були засуджені за статтею 438 Кримінального кодексу України за невибірковий обстріл цивільних будівель, у тому числі однієї навчальної будівлі, яка була зруйнована в результаті атаки [55]. Діяння військовослужбовців було кваліфіковано як напад невибіркового характеру, передбачений ст. 51 та 52 Додаткового Протоколу I за попередньою змовою групою осіб, тобто інше порушення законів та звичаїв війни, що передбачене міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України відповідно до ч. 2 ст. 28 та ч. 1 ст. 438 Кримінального кодексу України, та призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 11 років та 6 місяців.

Аналогічного рішення прийшов Тростянецький районний суд Сумської області у справі № 588/1072/22 від 04 грудня 2023 року щодо солдатів Російської Федерації, які були засуджені за обстріл лікарні. Обвинувачені очевидно могли передбачити, що їх дії, спрямовані на обстріл цивільної лікарні, є злочинними. До того ж, Кримінальний кодекс Російської Федерації передбачає кримінальну відповідальність за застосування заборонених засобів і методів ведення війни, тобто за аналогічне діяння, передбачене статтею 438 Кримінального кодексу України [56].

Вироком Октябрського районного суду міста Полтави у справі № 554/3925/22 від 09 червня 2022 року було засуджено учасників незаконного збройного формування “ДНР” за незаконне захоплення та розграбування належних підприємству автомобілів. Їхні діяння були кваліфіковані судом як порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами,

згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою відповідно до ч. 1 ст. 438 Кримінального кодексу України, та призначено покарання у виді позбавлення волі на строк 8 років [47].

Октябрський районний суд міста Полтави у справі № 554/3954/22 від 26 вересня 2022 року визнав українського колаборанта винним у кримінальних правопорушеннях, передбачених ч.2 ст.111, ч.2 ст. 260 та ч.1 ст.438 Кримінального кодексу України за мародерство (проникнення до житлових приміщень фізичних осіб; відшукання та заволодіння усупереч волі володільців чужим майном; перенесення та перевезення незаконно вилученого чужого майна до місць тимчасового зберігання; зберігання незаконно вилученого майна) [48].

Отже, обстановка злочину – збройний конфлікт. Як уже згадувалося, ключовою ознакою об'єктивної сторони є наявність збройного конфлікту, міжнародного чи неміжнародного. Без цього дії не кваліфікуються як воєнний злочин, навіть якщо вони за характером схожі. Наприклад, катування мирного населення поза війною – це злочин проти особи за статтею 127, але не статтею 438. Натомість таке саме катування під час війни – вже порушення міжнародного гуманітарного права і підпадає під статтю 438. Таким чином, умови війни – елемент, що відмежовує воєнні злочини від суміжних складів. У законі прямо не сказано “під час збройного конфлікту”, але це саме по собі впливає з термінології “закони та звичаї війни” – вони діють лише у воєнний час. Цей аспект широко висвітлений у міжнародній доктрині і підтверджений практикою трибуналів: щоб кваліфікувати дію як воєнний злочин, має бути зв'язок із збройним конфліктом. Українські суди тепер це враховують: у вироках часто зазначається, що злочин вчинено “під час збройного конфлікту РФ проти України, в обстановці війни, коли діють норми міжнародного гуманітарного права”. Наприклад, у вирокі щодо обстрілу житлових кварталів суд описав, що відбувається міжнародний збройний конфлікт між Україною та РФ, і обвинувачені – військовослужбовці держави-агресора, які діють у контексті цього конфлікту [55].

Переважна більшість воєнних злочинів – це активні дії (розстріляти, катувати, пограбувати, знищити, зґвалтувати, віддати наказ тощо). Однак можливі і форми бездіяльності. Наприклад, командир, який зобов'язаний забезпечити гуманне поводження з полоненими, але умисно не втручається, коли його підлеглі знущаються з полонених, – вчиняє злочин бездіяльністю, оскільки він порушує закони війни не перешкодивши свавілля підлеглих. Український Кримінальний кодекс довгий час не містив спеціальної норми про відповідальність за діяння військових командирів, але Кодекс було доповнено статтею 31-1, яка передбачає відповідальність військового командира за злочини, вчинені його підлеглими внаслідок незапобігання їм. Виходить, що тепер і бездіяльність начальника у вигляді неприйняття всіх можливих заходів, аби запобігти чи покарати воєнний злочин підлеглого, – це самостійний склад злочину. Але навіть до запровадження статті 31-1, віддання незаконного наказу про бездіяльність чи потурання розглядалося судами як співучасть у воєнному злочині.

Очевидним є те, що багато воєнних злочинів спричиняють тяжкі наслідки: смерть, каліцтво, страждання людей, матеріальні збитки, руйнування об'єктів. Однак не для всіх них наслідки є обов'язковою ознакою складу. Наприклад, для складу жорстокого поводження достатньо факту нелюдського поводження, не обов'язково настання конкретних наслідків. Для вбивства цивільної особи наслідок – смерть потерпілого – входить до складу та виділена окремо в частині 2 статті 438. Для застосування забороненої зброї наслідки можуть бути різними – їх наявність чи відсутність не змінює кваліфікації (сам факт застосування достатній, хоча для покарання враховується, чи були жертви).

Отже, ст.438 містить як формальні, так і матеріальні склади. У зв'язку з цим, помилки виникають, коли сторони плутають необхідність доведення наслідків. Якщо інкримінується “інше порушення законів війни”, слід з'ясувати, чи це порушення за природою вимагає наслідків. Наприклад, захоплення заручників – формальний склад (злочин закінчено в момент, коли захоплено

особу), а непропорційний напад – матеріальний (потрібно встановити загибель чи поранення цивільних, бо саме це робить напад непропорційним). У практиці поки небагато складних справ, але на майбутнє такі тонкощі будуть актуальні.

Деякі воєнні злочини можуть помилково виправдовуватися воєнною необхідністю. Наприклад, руйнування цивільного об'єкта може подаватися стороною захисту як вимушений крок (наприклад: “там ховалися ворожі солдати”). Тому суд може неправильно оцінити об'єктивну сторону – мовляв, злочину нема, бо була воєнна необхідність. Насправді ж, навіть воєнна необхідність не виправдовує певні дії – катування, убивства цивільних ніколи не можна виправдати необхідністю, натомість руйнування майна допускається лише у випадку, якщо це воєнна необхідність (стаття 53 Женевської конвенції IV). Суд має перевіряти ці доводи і у вирокі зазначити, чому вони відхилені чи задоволені (чи не було справді альтернатив, чи об'єкт був цивільний тощо).

Для підвищення якості правозастосування пропонується: доповнити в майбутньому законодавстві опис окремих воєнних злочинів, чітко визначивши їх об'єктивні ознаки (про це детальніше в розділі 3); ввести до методичних рекомендацій для слідчих вимогу завжди посилатися на конкретні статті міжнародних договорів при формулюванні обвинувачення; нормативно врегулювати питання воєнної необхідності: в загальних положеннях Кодексу можна передбачити, що заподіяння шкоди об'єктам, захищеним міжнародним гуманітарним правом, не може виправдовуватися станом крайньої необхідності, окрім випадків, прямо передбачених законом.

Під час складання судами мотивувальної частини вироку за обвинуваченням у вчиненні воєнних злочинів у тексті вироку робиться пряме посилання на статтю 438 Кримінального кодексу України. Проте обсяг і зміст статті 438 Кримінального кодексу України не є чітко визначеними, тому суди посилаються на норми міжнародного права. Відповідно до пункту 5 частини 2 статті 291 Кримінального процесуального кодексу України, обвинувальний акт повинен містити правову кваліфікацію кримінального правопорушення із

посиланням на відповідні положення закону, включно з частиною статті. У випадку кваліфікації злочинів за статтею 438 Кримінального кодексу України необхідно зазначити конкретне діяння, визначене у диспозиції цієї статті – наприклад, жорстоке поводження з цивільним населенням, застосування заборонених засобів ведення війни тощо. Якщо ж має місце діяння, яке прямо не передбачене диспозицією, проте відповідає загальному формулюванню “інші порушення законів та звичаїв війни”, у правовій кваліфікації має бути ще зазначено, про які саме порушення законів та звичаїв війни йдеться мова відповідно до міжнародного гуманітарного права, згода на обов’язковість якого надана Верховною Радою України [57].

У межах судового розгляду та призначення покарання виникає необхідність встановлення пом’якшуючих та обтяжуючих обставин. При цьому суди можуть враховувати участь особи у збройній агресії Російської Федерації проти України як обтяжуючу обставину. Згідно зі статтями 66-67 Кримінального кодексу України перелік таких обставин не є вичерпним, тому суд має дискреційне право визнавати й інші обставини такими, що впливають на ступінь тяжкості покарання.

Зрозуміло, що притягнення особи до кримінальної відповідальності має ґрунтуватися виключно на діях, які вона фактично вчинила, з урахуванням усіх об’єктивних обставин. Надзвичайно важливим є дотримання стандартів доказування у кримінальному процесі, проведення повного, всебічного та об’єктивного досудового розслідування. Тільки за таких умов можна гарантувати справедливе правосуддя та відповідність правозастосовної практики міжнародно-правовим стандартам.

Рішення, що базуються на статті 438 Кримінального кодексу, часто використовуються як непрямі докази у справах, порушених за іншими положеннями спеціальної частини кодексу, включно зі статтею 110, що стосується втручання в територіальну цілісність України. Відповідно до певних судових рішень у різних кримінальних справах, зокрема, ті, що стосуються

статті 111-1 Кодексу (колабораційна діяльність), дії зі збирання доказів за злочинами, описаними в статті 438 Кримінального кодексу України, розглядаються як підтвердження здійснення відповідних кримінальних діянь [58].

Офіс Генерального Прокурора України регулярно оприлюднює статистичні дані щодо зареєстрованих воєнних злочинів. Відповідно до статистики про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування, що розміщена на сайті Офісу Генерального Прокурора, за 2022 рік обліковано 60 387 кримінальних правопорушень за ч. 1 ст. 438 Кримінального кодексу України, в тому числі поєднані з умисним вбивством (ч.2 ст. 438 Кримінального кодексу України) – 6013. За 2023 рік – 60 944, в тому числі поєднані з умисним вбивством – 1 844. За 2024 рік – 28 788, в тому числі поєднані з умисним убивством – 1659. Станом на 1 березня 2025 року було обліковано 5 833 кримінальних правопорушень, в тому ті, що спричинили смерть особи – 238 [59]. За цими ж даними, серед цих проваджень виділяються категорії за характером діянь: убивства і поранення цивільних осіб, обстріли цивільної інфраструктури, руйнування житла, катування і насильство, сексуальні злочини, викрадення людей та взяття в заручники, пограбування майна, злочини проти культурних цінностей, застосування забороненої зброї, використання забороненої символіки (наприклад, розпізнавальних емблем ООН чи Червоного Хреста) тощо.

Кількість кримінальних правопорушень за 2024 рік, у яких особам було вручено повідомлення про підозру – 64 (в тому числі поєднані з умисним убивством – 6), кримінальні правопорушення, за якими провадження направлені до суду з обвинувальним актом – 46 (в тому числі поєднані з умисним убивством – 3). За період січень-лютий 2025 року кількість кримінальних правопорушень, у яких особам вручено повідомлення про підозру становить 6 (за ч. 1 ст. 438 Кримінального кодексу України), до суду не було направлено жодних кримінальних правопорушень з обвинувальним актом. За даними Офісу

Генерального прокурора станом на поточний день на території України зареєстровано 15 8490 воєнних злочинів за весь період з початку повномасштабного вторгнення [59].

Відповідно до даних Головного управління Національної поліції в місті Києві з початку повномасштабного вторгнення Російської Федерації в Україну слідчі Національної поліції України розпочали 123 504 кримінальних проваджень за фактами вчинення на території України злочинів за статтею 438 Кримінального кодексу України військовослужбовцями Збройних сил Російської Федерації та їхніми пособниками [60].

Статистичні показники свідчать про безпрецедентний масштаб воєнних злочинів, що фіксуються під час нинішньої агресії. Абсолютна більшість вироків, ймовірно, буде ухвалена заочно, оскільки фізичне перебування обвинувачених під вартою в Україні забезпечено далеко не у всіх випадках. Така ситуація зумовлена тим, що значна частина воєнних злочинців є громадянами РФ, яких Україна не має можливості затримати безпосередньо; тим не менш, заочне засудження дозволяє зафіксувати їхню провину юридично і потенційно унеможливує уникнення відповідальності в майбутньому.

Злочини, скоєні на території України після повномасштабного вторгнення, включають умисні вбивства військовополонених і цивільних осіб; розстріли мирного населення, включаючи евакуацію населення в “зелених коридорах”; постійні артилерійські та повітряні удари по цивільних спорудах; незаконне позбавлення волі та захоплення заручників; катування; згвалтування та інші воєнні злочини [61].

Відповідно до статті 438 Кримінального кодексу обставини, які обтяжують покарання, які враховуються судом, є такими: вчинення кримінального правопорушення щодо малолітньої дитини або в присутності дитини; вчинення кримінального правопорушення групою осіб за попередньою змовою або в складі організованої групи; вчинення кримінального правопорушення з використанням воєнного стану; вчинення кримінального правопорушення

загальнонебезпечним способом; вчинення кримінального правопорушення особою, що перебуває в стані алкогольного сп'яніння. Похилий вік засудженого, активне сприяння розкриттю кримінального правопорушення та щире каяття були обставинами, які сприяли пом'якшенню покарання за статтею 438 Кримінального кодексу України [62].

Згідно зі статтею 438 Кримінального кодексу України, кваліфікація кількох порушень законів та звичаїв війни одним і тим же засудженим зазвичай здійснюється лише один раз, без урахування обставини, що обтяжує покарання, як вчинення злочину особою повторно [63].

Під час детального аналізу статті 438 Кримінального кодексу України виникають певні проблеми у її формулюванні та застосуванні, зокрема формулювання статті викликають низку суттєвих зауважень. За словами Ірини Гловюк ключовими є такі проблеми: бланкетність правової норми; невизначеність форм прояву об'єктивної сторони складу злочину, зокрема у частині формулювання "інші порушення законів та звичаїв війни"; надмірна залежність від положень міжнародних договорів без належного національного конкретизування; ігнорування ступеня тяжкості правопорушення; а також невідповідність санкцій – їх м'якший характер у порівнянні з деякими загальнокримінальними злочинами, які могли б бути застосовані до аналогічних діянь, вчинених поза контекстом збройного конфлікту. До проблемних аспектів розслідування таких злочинів належать складність юридичної кваліфікації злочинів через бланкетний характер статті; дотримання вимог щодо державної таємниці; складність фіксації доказів унаслідок загроз безпеці в зонах бойових дій; залучення спеціалізованих підрозділів, які володіють відповідною експертизою; орієнтація на найкращі міжнародні практики. Це також ускладнює відображення контекстуальних елементів у процесуальних документах та зумовлює необхідність спеціального підходу до предмета доказування з огляду на наявність таких елементів. Водночас, значну роль у документуванні відіграють недержавні організації, що вимагає забезпечення належної

процесуальної допустимості зібраних ними даних. Розслідування також здійснюється у тісній взаємодії з різноманітними суб'єктами, зокрема із залученням технологій відкритих джерел, цифрових інструментів збору та зберігання доказів. До того ж, особливістю є участь військовополонених у кримінальному провадженні, а також неоднозначне тлумачення оціночних понять, закріплених у статті 615 Кримінального процесуального кодексу України, що дозволяють відступати від загального порядку розслідування [64].

Існує низка суттєвих проблем у застосуванні статті 438 Кримінального кодексу України на практиці, до яких також відносяться проблеми відсутності у Кримінальному кодексі України вичерпного та системного переліку воєнних злочинів, який би повною мірою відповідав положенням міжнародного гуманітарного права. Це призводить до правової невизначеності та створює ризик уникнення відповідальності за окремі дії, що на практиці мають ознаки воєнних злочинів, однак в переліку національного законодавства вони відсутні. Крім того, в умовах активних бойових дій спостерігається поширена практика неправильної правової кваліфікації таких злочинів, коли серйозні порушення міжнародного права кваліфікуються як загальнокримінальні злочини – наприклад, умисне вбивство чи знищення майна – без врахування контексту збройного конфлікту.

Аналізоване вище рішення Солом'янського районного суду міста Києва від 23 травня 2022 року у справі № 760/5257/22 демонструє труднощі, з якими стикаються українські суди при застосуванні статті 438 Кримінального кодексу України [50]. За словами Костянтина Задої, ця стаття, попри свій міжнародно-правовий характер, суттєво відрізняється від положень сучасного міжнародного кримінального права, зокрема стаття 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Замість чіткого переліку воєнних злочинів, як у Статуті, у статті 438 Кримінального кодексу використано загальну бланкетну відсилку до міжнародних договорів, ратифікованих Україною, та незвичну для міжнародного права термінологію. У результаті виникає ситуація, коли

притягнення до відповідальності за статтею 438 Кримінального кодексу неможливе без глибокого аналізу норм міжнародного гуманітарного права, проте сама стаття побудована так, що значно ускладнює таке врахування [65].

Стаття 438 Кримінального кодексу України охоплює широкий спектр порушень міжнародного гуманітарного права, зокрема жорстоке поводження з військовополоненими, цивільними, тортури, біологічні експерименти, насильницькі дії сексуального характеру, руйнування майна, обстріли цивільних об'єктів тощо. У зв'язку з цим актуальним постає питання про конкуренцію кримінально-правових норм: чи охоплюються ці діяння статтею 438, чи потребують додаткової кваліфікації за іншими статтями Кримінального кодексу України?

Наприклад, в попередній редакції Кримінального кодексу України частина 2 статті 438 Кримінального кодексу України передбачала відповідальність за ті самі дії, що й ч. 1, якщо вони поєднані з умисним вбивством (в новій редакції – якщо вони спричинили загибель людини). В цьому випадку мало місце конкуренція частини і цілого, оскільки умисне вбивство було складовим елементом діяння, передбаченого частиною 2 статті 438. У таких випадках діє загальне правило: діяння кваліфікується за нормою-цілим [66], тобто за частиною 2 статті 438, і додаткова кваліфікація за статтею 115 не потрібна. Це не буде вважатися притягненням до відповідальності двічі за одне і те саме, оскільки застосовується лише одна, ширша за змістом кримінально-правова норма.

Те саме стосується і кваліфікації інших діянь передбачених цією статтею. Умисне заподіяння сильних страждань – катування, тілесні ушкодження, побої (статті 121, 126, 127 Кримінального кодексу України): оскільки ці діяння входять у зміст “жорстокого поводження”, передбаченого статтею 438, і санкція статтю 438 є більш суворою, додаткова кваліфікація за переліченими статтями не потрібна. Незаконне позбавлення волі або викрадення людини, насильницьке зникнення (статті 146, 146-1) – з точки зору міжнародного гуманітарного права

це оцінюється як незаконна депортація чи переміщення цивільного населення, що також охоплюється статтею 438. Захоплення заручників (стаття 147) – у межах збройного конфлікту охоплюється диспозицією статті 438 і також не вимагає додаткової кваліфікації. Обстріли невійськових об'єктів (стаття 113 – диверсія та стаття 194 – умисне знищення або пошкодження чужого майна): Женевські конвенції прямо забороняють умисні напади на цивільні об'єкти, тому такі дії, вчинені під час війни, слід кваліфікувати саме за статтею 438.

Стаття 438 Кримінального кодексу України є узагальненою нормою, та охоплює широкий спектр воєнних злочинів. У разі конкуренції з іншими нормами Кримінального кодексу України діє загальне правило: якщо спеціальна норма (стаття 438) охоплює зміст іншої загальнокримінальної норми, тоді застосовується лише спеціальна норма. Якщо ж загальнокримінальна норма передбачає більш сувору санкцію, яка свідчить про підвищену суспільну небезпечність діяння, то має місце реальна сукупність злочинів і кваліфікація здійснюється за обома статтями. Водночас, це не є порушенням принципу “*non bis in idem*” щодо покарання двічі за вчинення одного злочину.

Як приклад, зґвалтування, вчинене військовослужбовцями держави-агресора на окупованій території, розглядається як порушення законів та звичаїв війни. За словами судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Наталії Антонюк, якщо це зґвалтування повнолітньої особи, то воно охоплюється частиною 1 статті 438 і не потребує додаткової кваліфікації за статтею 152 Кримінального кодексу України, оскільки в цьому разі також має місце конкуренція частини і цілого, і діє правило кваліфікації за нормою-цілим [67]. Однак у разі зґвалтування малолітньої особи виникає інша ситуація: частина 4 статті 152 Кодексу передбачає покарання від десяти до п'ятнадцяти років позбавлення волі, тоді як санкція за статтею 438 – від восьми до дванадцяти років. У цьому випадку норма-частина (частина 4 статті 152) передбачає суворіше покарання, ніж норма-ціле (стаття 438), що свідчить про більшу суспільну небезпечність цього окремого діяння, тому виникає необхідність

кваліфікації за сукупністю норм – за статтями 438 та 152 Кримінального кодексу України [68].

За її ж словами, серед основних викликів, із якими стикаються судді під час розгляду справ про воєнні злочини, – здійснення судового розгляду заочно, забезпечення належного захисту свідків та потерпілих, проведення допитів неповнолітніх, оперативне інформування учасників процесу, а також визнання та аналіз цифрових доказів. Усі ці аспекти вимагають особливої уважності та адаптації процесуальних підходів до умов, що супроводжують розслідування та судовий розгляд воєнних злочинів [69].

До основних недоліків цієї статті належить також і те, що санкції, передбачені цією статтею, можуть бути занижені порівняно з покараннями за інші кримінальні злочини, не пов'язані з умовами збройного конфлікту [70]. Не можна не погодитися з думкою Андрія Вознюка щодо неспівмірності кримінального правопорушення, передбаченого статтею 438 Кримінального кодексу України, з її санкцією. Він зазначає, що дана стаття передбачає десятки різних за ознаками діянь, а кримінальна відповідальність настає в межах однієї санкції – позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років). Виходить, що обвинувачена особа може вчинити особливо тяжкі воєнні злочини, але покарання відповідно до частини 1 не буде перевищувати 12 років. Як приклад можна навести порівняння санкцій за частиною 4 статті 152 Кримінального кодексу України за зґвалтування малолітньої особи (від п'ятнадцяти років або довічне позбавлення волі), в той час, як відповідальність за такі самі діяння, вчиненні в межах збройного конфлікту за частиною 1 статті 438 становить від восьми до дванадцяти років позбавлення волі, що є менш суворим, ніж санкція за загальнокримінальний злочин [71].

2.3. Суб'єкт порушення законів та звичаїв війни

Суб'єктом злочину, передбаченого статтею 438, може бути будь-яка фізична осудна особа, яка досягла віку кримінальної відповідальності. На відміну від багатьох військових злочинів, де суб'єкт спеціальний – військовослужбовець або військовозобов'язаний, для воєнних злочинів суб'єкт є загальним. Це випливає з природи міжнародних злочинів: їх можуть вчиняти як комбатанти (солдати, офіцери), так і цивільні особи (наприклад, найманці, члени озброєних угруповань, навіть пересічні громадяни, що беруть участь у погромах тощо).

Хоч суб'єкт загальний, варто окремо виділити дві групи осіб, за якими закріплено особливі режими відповідальності: військові командири та вищі посадові особи держави. Перші – це командири, що відповідають за дії підлеглих (як вже зазначалося, введена стаття 31-1 Кримінального кодексу). Якщо командир сам віддає наказ про вчинення воєнного злочину – він є безпосереднім виконавцем через підлеглого. Якщо ж підлеглі самочинно скоїли злочин, а командир не відреагував, то його можуть притягти за статтею 31-1. Це приводить наше право у відповідність з нормами статті 28 Римського статуту і є дуже важливою для притягнення середньої та вищої ланки військового командування.

Друга категорія – державне та військово-політичне керівництво держави-агресора. Існує питання імунітетів: чи можуть, скажімо, чинний глава держави, дипломат, головнокомандувач іншої країни бути притягнуті в Україні, поки діє принцип імунітету посадових осіб за міжнародним правом? За статтею 438 такі прецеденти можливі, наприклад, щодо військових командувачів, які віддавали злочинні накази. Суб'єктами будуть не лише прямі виконавці на місцях, а й організатори та командири, оскільки посадове становище не звільняє від відповідальності за міжнародні злочини (принцип, закріплений Нюрнберзьким трибуналом і статтею 27 Римського статуту) [36].

Конституційне законодавство Російської Федерації передбачає недоторканність посадових осіб, однак Римський статут не робить винятків для осіб з імунітетами, і посадове становище не звільняє від кримінальної відповідальності. Норми національного законодавства РФ про імунітети високопосадовців є гарантіями від переслідування на їхньому внутрішньодержавному рівні, але це все одно не буде поширюватися на юрисдикцію Міжнародного кримінального суду [72].

В аналізованих в межах цього дослідження судових справах у випадках злочинів осіб з Російської Федерації суб'єкт цього злочину був військовослужбовець, діяння вчиняли саме особи з військовою підготовкою. Відповідальність за дане кримінальне правопорушення несуть також і комбатанти, особи, які надають накази на вчинення кримінально-протиправних діянь та в деяких випадках цивільні особи (в тому числі і найманці, шпигуни, диверсанти тощо) [73].

Суб'єктами воєнних злочинів можуть бути як представники регулярного військового персоналу, так і особи, які фактично виконують подібні функції, зокрема: члени урядів, учасники організованих збройних формувань, а також цивільні особи, якщо їхні дії мають чіткий зв'язок зі збройним конфліктом. Важливою умовою притягнення до відповідальності є наявність контекстуального зв'язку між діянням і конфліктом – тобто необхідно встановити, що злочин було вчинено у межах або з огляду на перебіг збройного конфлікту, а не як ізольований акт [74].

Таким чином, навіть цивільна особа може бути притягнута до відповідальності за воєнний злочин, якщо, наприклад, вона бере участь в насильницьких діях проти цивільного населення або збройних сил супротивної сторони, атакує об'єкти, що перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права, або використовує заборонені методи ведення війни. Якщо ж дії цивільної особи не мають зв'язку зі збройним конфліктом, вони кваліфікуються як звичайні (загальні) кримінальні правопорушення.

Ключовим елементом відповідальності є усвідомлення суб'єктом факту збройного конфлікту та специфіки захисту жертв, передбаченого міжнародним гуманітарним правом [75]. Слідчі та прокурори, відповідно, мають зосередити увагу на збиранні доказів, які підтверджують, що особа розуміла незаконність своїх дій у контексті збройного конфлікту через допити, аналіз наказів, командної структури тощо. Це може підтверджуватися як безпосередніми свідченнями самої особи, так і наявністю характерних розпізнавальних знаків (шевронів, уніформи), відповідних документів (посвідчень, наказів), а також іншими матеріальними доказами [67].

Окрім того, суб'єкт повинен або бути формально частиною збройних сил, або фактично перебувати під контролем сторони збройного конфлікту. Такий контроль може бути виявлений через підпорядкування наказам, включення до ієрархії військової структури чи виконання бойових завдань. Зокрема, у справі Lubanga (ІСС-01/04-01/06) Міжнародний кримінальний суд визнав, що організовані групи, неформально залучені до бойових дій, також можуть нести відповідальність за воєнні злочини [76].

Комбатанти – це особи, яким дозволено брати участь у воєнних діях на законних підставах. Вони, як правило, входять до складу регулярних збройних сил, проте також можуть бути учасниками нерегулярних збройних формувань, таких як ополчення, добровольчі підрозділи чи партизанські загони. Якщо такі формування мають централізоване командування, організаційну структуру, носять розпізнавальні знаки та діють відповідно до законів і звичаїв війни – вони прирівнюються до комбатантів згідно з вимогами статті 4 додатка до Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій 1977 року [17].

Окрему категорію становить цивільне населення, яке спонтанно піднімається на захист території у разі наближення супротивника. Такі особи також можуть вважатися комбатантами на короткий час за умови, що вони носять зброю відкрито та дотримуються законів війни [15].

Якщо особа здійснює злочин, користуючись владою, пов'язаною з її військовим або наближеним до військового статусом, така поведінка підлягає кваліфікації як воєнний злочин, а не як загальнокримінальний акт. Це також підтверджується усталеною міжнародною практикою, включно зі справами Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії, Міжнародного трибуналу щодо Руанди та Міжнародного кримінального суду.

Щодо матеріальних доказів в провадженнях, то вони відіграють ледь не вирішальну роль у підтвердження фактів вчинення воєнних злочинів, алже вони безпосередньо є доказами для встановлення зв'язку між діями обвинувачених та наслідками, що настали. До кола речових доказів, можуть належати, зокрема, боєприпаси та їх фрагменти, що були використані під час збройних дій та ідентифіковані як такі, що належать до озброєння регулярних підрозділів Збройних сил Російської Федерації; документація особового складу – паспорти, військові квитки, особисті записи та інші офіційні документи, завдяки яким можна ідентифікувати осіб; речі, вилучені у цивільного населення в умовах окупації, транспортні засоби, предмети одягу, на яких залишилися сліди насильства тощо. Особливе значення мають уламки та залишки військової техніки, які можуть свідчити про використання заборонених методів.

У сучасних умовах інформаційної війни значний доказовий потенціал мають і цифрові джерела, зокрема облікові записи в соціальних мережах військовослужбовців, чи, наприклад, вебресурси, пов'язані з Міністерством оборони Російської Федерації. Такі матеріали можуть використовуватись для встановлення персональних даних обвинувачених та підтвердження їхньої належності до відповідних військових формувань, та навіть можна ідентифікувати переміщення чи дії (за геолокацією, фотографіями тощо).

Відповідно до слів Андрія Вознюка однією з актуальних проблем також є застосування положень статті 84-1 Кримінального кодексу України, що передбачає звільнення від відбування покарання осіб, переданих у межах обміну як військовополонені. Якщо ухвалюється рішення про передачу, то такий обмін

фактично анулює призначене судом покарання. У результаті особа, хоча й визнається винною, не зазнає жодного реального покарання, що суперечить принципу невідворотності відповідальності навіть за воєнні злочини та становить загрозу безпеці в цілому. До того ж, практичне застосування цієї норми унеможлиблює повторне переслідування обмінної особи, якщо вона не вчинить нового злочину [71].

2.4. Суб'єктивна сторона порушення законів та звичаїв війни

Суб'єктивна сторона порушення законів та звичаїв війни характеризується виною у формі умислу. Переважна кількість таких злочинів можуть бути вчинені тільки умисно – особа усвідомлює фактичні обставини (що діє щодо захищених осіб / об'єктів під час конфлікту) і бажає або свідомо допускає настання наслідків. Специфіка воєнних злочинів полягає у тому, що для їх вчинення, як правило, необхідний прямий умисел (особа безпосередньо ставить собі за мету, наприклад, знищити цивільних, завдати страждань полоненим тощо). Втім, можливий і непрямий умисел, приміром, при артилерійському обстрілі міста особа усвідомлює високий ризик загибелі цивільних і не бажає цього спеціально, але свідомо припускає як побічний наслідок – це непрямий умисел, але він теж охоплюється складом воєнного злочину.

В міжнародній практиці неодноразово підкреслювалося, що для доведення вини у воєнних злочинах достатньо продемонструвати, що обвинувачений знав про існування збройного конфлікту і усвідомлював характер своїх дій.

Військовослужбовці зобов'язані знати елементарні закони війни. Інша річ – фактична помилка: коли винний помилково сприймає обставини. Наприклад, солдат міг помилково вважати цивільну особу комбатантом, проте довести добросовісність в такому випадку дуже важко, оскільки у сумнівних випадках військові все одно зобов'язані утриматися від застосування сили.

Стаття 438 не передбачає спеціальної мети або мотиву як обов'язкової ознаки. На відміну від геноциду (де вимагається намір знищення групи) чи тероризму (мета залякати населення), воєнний злочин може бути здійснений з різних мотивів – ненависті, помсти, корисливості або взагалі без конкретного мотиву, “за наказом”. Мотив впливає хіба що на призначення покарання (обтяжує, якщо мала місце особлива жорстокість чи національна ненависть). У практиці мотиви воєнних злочинів часто пов'язані з військовою обстановкою: бажання отримати інформацію через катування полонених, щоб вибити дані, помста за втрати, прагнення наживи (мародерство), залякування населення. Приміром, випадки страт мирних жителів на окупованих територіях часто зумовлені наміром тероризувати місцеве населення. Але юридично це не виділено як окрема кваліфікація. Отже, відсутність необхідності доводити спеціальний мотив спрощує доказування, адже достатньо встановити умисне порушення норм міжнародного гуманітарного права.

Багато військовослужбовців заявляють, що діяли “за наказом” і не могли не виконати його. З точки зору права, виконання завідомо незаконного наказу не звільняє виконавця від відповідальності (відповідно до частини 4 статті 41 Кримінального кодексу України). Наказ вбити беззбройного цивільного або наказ катувати полоненого є явно злочинним, і виконавець зобов'язаний був відмовитись. Тому посилення на наказ фактично підтверджує наявність умислу, оскільки особа усвідомлено виконала злочинне розпорядження.

У аналізованому вироку в справі № 760/5257/22 суд врахував, що він був молодим солдатом і виконав наказ командира, але все одно визнав його винним, оскільки наказ розстріляти цивільного не міг бути правомірним [50]. Стаття 33 Римського статуту закріплює, що наказ є виправданням лише якщо виконавець не знав і не міг знати про його незаконність. У наших реаліях незаконність наказу вбити цивільного настільки очевидна, що “помилка” в такому випадку точно виключається. В таких випадках суди мають прямо зазначати у вироках, що наказ не виправдовує явно злочинних дій, посилаючись на національне право і

міжнародні прецеденти. Той факт, що підлеглий вчинив порушення права збройних конфліктів, не звільняє його керівника від дисциплінарної чи кримінальної відповідальності, якщо керівник знав про наміри підлеглого та не вжив усіх можливих запобіжних заходів для запобігання порушенню [77].

Діяння російських солдатів, які кваліфікуються за статтею 438 Кримінального кодексу України, поза сумнівом, характеризуються прямим умислом, оскільки мета нападу на Україну всім відома. Загальною вимогою для всіх воєнних злочинів є встановлення контекстуальних елементів, тобто існування міжнародного збройного конфлікту; дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним, а особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту [78].

Вчинення дій, передбачених частиною 1 статті 438, якщо вони спричинили смерть хоча б однієї людини є кваліфікованим видом злочину. Підставами для звільнення від кримінальної відповідальності за діяння, передбачені цією статтею, є необхідна оборона та крайня необхідність. А от положення ст. 43-1 (обов'язок захищати Вітчизну) Кримінального кодексу України застосувати неможливо у випадках вчинення особами катування, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни [58].

В 2024 році були внесені зміни до частини 2 статті 438 Кримінального кодексу України, відповідно до яких змінили положення щодо настання смерті людини. До внесених змін кримінальна відповідальність наставала, якщо діяння особи були поєднані з умисним вбивством, натомість у чинній редакції передбачено відповідальність, якщо діяння спричинили загибель людини, незалежно від наявності умислу. Виходячи з таких змін, можна зробити порівняння обох редакцій за критеріями наявності умислу, протиправності діянь, причинно-наслідкового зв'язку. Умисне вбивство у контексті збройного конфлікту, як правило, має свідомий характер і спрямоване на цивільних осіб,

військовополонених або комбатантів, які вже втратили бойову спроможність. Воно також може бути вчинене з мотивів ворожнечі або дискримінації, що суперечить нормам міжнародного гуманітарного права, зокрема статті 3 Женевських конвенцій 1949 року. Водночас загибель особи може настати внаслідок непрямого порушення правил ведення війни, наприклад, у разі проведення евакуації під час активних бойових дій або внаслідок побічної шкоди (підриву на мінах). Таким чином, хоча в обох випадках наслідок однаковий – позбавлення життя – нова редакція розширює можливості для кваліфікації воєнних злочинів, не обмежуючи відповідальність лише умисними діями, а охоплюючи й випадки, коли смерть настала через об'єктивні обставини або без цілеспрямованого наміру вбити.

Загальнокримінальні злочини відрізняються від воєнних злочинів насамперед наявністю специфічних контекстуальних елементів, які обов'язково мають бути присутніми у складі воєнних злочинів [67]. Ключовим серед таких елементів є наявність збройного конфлікту – як міжнародного, так і неміжнародного – у межах якого відбувається відповідне діяння. Цей критерій закріплений у статті 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду [36]. Однак сам факт конфлікту є недостатнім: між діянням обвинуваченої особи та конфліктом має існувати тісний контекстуальний зв'язок. Практика Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (ICTY), зокрема у справі *Prosecutor v. Kunarac*, встановлює, що збройний конфлікт повинен мати істотне значення для здатності особи вчинити злочин, її рішення його вчинити, обраного способу реалізації або мети, заради якої це діяння було скоєно [79].

У контексті судової практики щодо воєнних злочинів критично важливим питанням є те, чи були закони та звичаї війни на момент вчинення злочину достатньо доступними та передбачуваними для обвинуваченого. Іншими словами, обвинувачений повинен бути здатним усвідомлювати, що його поведінка є злочинною у загальноприйнятому розумінні, без посилання на будь-

яке конкретне положення. Це може бути встановлено, наприклад, на підставі статусу обвинуваченого як військовослужбовця; будь-якої спеціальної військової освіти, яку він отримав; його посади як командира; його обізнаності з правом збройних конфліктів; та жорстокого характеру інкримінованих йому дій, які повинні були привести обвинуваченого до розуміння їхньої незаконності [52].

За своєю суттю формулювання статті 438 Кримінального кодексу України не суперечить принципу передбачуваності законності [57]. Насправді вона описує закони, на які вона посилається (договори міжнародного гуманітарного права, ратифіковані Верховною Радою України). Крім того, у збройних силах різних держав широко використовуються інструменти міжнародного гуманітарного права. Відповідно, очікується, що військовослужбовці та інші особи, які діють під керівництвом або контролем збройних сил, можуть і повинні знати про застосування та обсяг відповідних стандартів міжнародного гуманітарного права, а також про наслідки порушення цих стандартів.

Кваліфікуючи злочини, передбачені статтею 438, важливо розмежовувати їх від загальнокримінальних правопорушень, що не мають ознак воєнного контексту [9]. Для цього застосовується низка критеріїв. Насамперед, це час вчинення злочину – правопорушення має бути скоєне під час дії воєнного стану на території України відповідно до Указу Президента України та закону, що вводить його в дію. Також має значення місце вчинення – територія, де відбувається воєнний конфлікт. І, власне, суб'єкт злочину: найчастіше це комбатант, хоча ним може бути й цивільна особа, яка де-факто виконує офіційні функції (див. підрозділ 2.3.). Не менш важливим є мотив вчинення злочину, оскільки він допомагає визначити, чи дії особи були її власною ініціативою, чи вони стали наслідком підпорядкування певному наказу. З урахуванням цього здійснюється розмежування між різними видами порушень, що підпадають під дію статті 438 Кримінального кодексу України.

Притягнення до кримінальної відповідальності осіб, винних у вчиненні військових, воєнних та інших злочинів під час міжнародного збройного конфлікту, здійснюється відповідно до норм чинного кримінального законодавства України. Зазначене включає проведення досудового розслідування компетентними органами та подальший розгляд справи в судовому порядку з ухваленням вироку. Водночас практика правозастосування в умовах повномасштабної збройної агресії проти України виявила структурну та організаційну неготовність національної правової системи до ефективного реагування на нові виклики, зокрема в частині виявлення, документування та розслідування воєнних злочинів. Проведення слідчих дій ускладнюється тривалим характером бойових дій, фактичною неможливістю оперативного доступу до територій, де були вчинені злочини, що перебувають під тимчасовою окупацією, а також труднощами з ідентифікацією та встановленням місцезнаходження підозрюваних, збором свідчень очевидців і фіксацією доказів. У деяких випадках розслідування унеможлиблюється або значно ускладнюється через знищення речових доказів, мінування місцевості чи втрату контролю над місцями злочину [53].

Окремо слід зазначити необхідність дотримання принципу заборони подвійного притягнення до кримінальної відповідальності. Це означає, що на момент повідомлення особі про підозру її дії мають бути чітко кваліфіковані за однією статтею – наприклад, за статтею 438, або ж за іншою нормою Кримінального кодексу, з урахуванням усіх обставин справи.

До проблемних аспектів кваліфікації воєнних злочинів відносяться також і доказування умислу та усвідомлення контексту обвинуваченим. Кваліфікуючи діяння за статтею 438, слід довести, що винний діяв умисно і розумів, що порушує норми міжнародного гуманітарного права. На стадії кваліфікації уже постає питання: чи мав винний спеціальну мету або мотив? У статті 438 не вимагається жодної спеціальної мети (на відміну від, наприклад, геноциду – ст.442, де потрібен намір знищити групу). Достатньо загального умислу на

вчинення дії. Однак нерідко обвинувачені намагаються виправдовуватися відсутністю “злого умислу”, посиляючись на виконання наказу чи воєнну необхідність. Наприклад, у аналізованій вище справі № 760/5257/22 захист стверджував, що він діяв за наказом командира і не мав особистого мотиву вбивати цивільного [50]. Це, утім, не виключає умислу – він усвідомлював характер наказу і погодився його виконати, тобто наявний непрямий умисел.

На стадії кваліфікації важливо відрізнити випадки воєнної необхідності (коли дія об’єктивно виправдана з воєнної точки зору і не заборонена міжнародним гуманітарним правом) від звичайних порушень. Наприклад, знищення мосту, яке спричинило загибель цивільних, може не бути воєнним злочином, якщо цей міст був важливою військовою ціллю і загибель цивільних була ненавмисною побічною шкодою. Але якщо буде доведено, що військової потреби не було або цивільні втрати явно непропорційні очікуваній військовій вигоді, це підпаде під категорію воєнного злочину, а саме – вчинення нападу невибіркового характеру.

Для правильної кваліфікації тут треба встановити: чи була військова ціль, чи вжито всіх можливих заходів для відвернення шкоди цивільним, чи не була атака свідомо проведена по цивільних об’єктах. Якщо ні – це воєнний злочин відповідно до статті 438 Кримінального кодексу України. Отже, кваліфікація потребує і оцінки контексту (з точки зору міжнародного гуманітарного права) – що також є додатковим завданням для національних судів.

На основі того, що частина формулювань статті 438 є досить відкритою, обвинувачений може посилатися на принцип законності в якості захисту. Відповідно, обвинувачений може апелювати до принципу законності, щоб стверджувати, що поведінка обвинуваченого не була достатньо передбачуваною, щоб її можна було криміналізувати.

На думку Європейського суду з прав людини, використання методу “бланкетного відсилання” або “відсилання до закону” при криміналізації дій чи бездіяльності саме по собі не є несумісним з принципом законності. Однак

важливо, щоб норма, яка відсилає, і норма, на яку відсилають, були узгоджені між собою та дозволяли обвинуваченому передбачити, за необхідності за допомогою відповідної юридичної консультації, за яку поведінку він може бути притягнутий до кримінальної відповідальності. У контексті притягнення до кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни показовою є справа “Кононов проти Латвії” (заява № 36376/04), розглянута Європейським судом з прав людини [80]. У цій справі громадянина Латвії було засуджено за вбивство цивільного населення під час Другої світової війни, що він вчинив як член радянського партизанського загону. Захист стверджував, що кримінальне переслідування порушує принцип “*nullum crimen sine lege*” (жодного злочину без закону), адже відповідна заборона нібито не існувала у національному законодавстві на момент вчинення діяння. Проте ЄСПЛ у рішенні Великої палати 2010 року вказав, що заборона вбивства цивільного населення під час збройного конфлікту вже існувала у міжнародному праві – зокрема, в Гаазьких конвенціях 1907 року (стаття 46) і Женевських конвенціях 1929 року, – тому особа не могла не усвідомлювати протиправність своїх дій. Суд визнав, що застосування міжнародного гуманітарного права як джерела криміналізації не є порушенням статті 7 Європейської конвенції з прав людини, навіть якщо відповідна норма не була чітко відображена у внутрішньому праві на той момент. Отже, Суд зробив висновок, що воєнні злочини не потребують обов’язкового формального закріплення у національному законодавстві для притягнення до відповідальності, якщо вони вже були заборонені міжнародним правом на момент вчинення. Таким чином, рішення у справі Кононова підтверджує, що навіть загальна бланкетна норма як в статті 438 Кримінального кодексу України може бути застосовна в подібних справах [80].

З цієї причини посилення на принцип законності з боку обвинувачених у справах про воєнні злочини за участю таких суб’єктів, як приватні військові підрядники (в тому числі завербовані в’язні) або погано навчені, недосвідчені призовники, які, можливо, не завжди можуть повністю розуміти і виконувати свої обов’язки в умовах збройного конфлікту. У зв’язку з цим судді повинні

пам'ятати про рішення Європейського суду з прав людини, згідно з яким “навіть рядовий солдат не може демонструвати повну, сліпу покору наказам, які грубо порушують не тільки національне законодавство, а й міжнародно визнані права людини, зокрема право на життя, яке є найвищою цінністю в міжнародній ієрархії прав людини” [81].

Отже, під час кваліфікації діянь винних осіб за статтею 438 Кримінального кодексу України необхідно обов'язково враховувати всі нюанси та обставини, мають бути розкриті всі елементи складу злочину: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона. Важливо проводити детальний правовий аналіз кожного елементу складу злочину, із посиланням на фактичні обставини справи, які підтверджують їх наявність.

Судова практика в Україні показує, що з часом суди почали активніше ухвалювати рішення за цією статтею, особливо у світлі повномасштабного вторгнення Російської Федерації у 2022 році. Засудження включають випадки жорстокого поводження з військовополоненими, розграбування культурних цінностей, застосування забороненої зброї та інших злочинів, що порушують закони та звичаї війни.

При цьому, загальне формулювання в статті 438 Кримінального кодексу не суперечить принципам Конвенції з прав людини “ніякого покарання без закону”, де описується вимога передбачуваності закону, натомість дана норма відсилає нас за додатковим тлумаченням положень за міжнародним правом, що узгоджується із висновками Європейського суду з прав людини.

Поняття об'єктивної сторони у воєнних злочинах охоплює досить широке коло суб'єктів, ідентифікація яких має дуже важливе значення. Для більшості порушень законів та звичаїв війни наявність потерпілих є характерною ознакою:

це злочини з матеріальним складом, де факт заподіяння шкоди конкретним особам – частина об'єктивної сторони. У таких випадках встановлення статусу потерпілого тісно пов'язане з кваліфікацією: важливо визначити, чи є особа цивільною / захищеною, адже від цього залежить кваліфікація дій проти неї як воєнного злочину. Потерпілий у воєнних злочинах – це не просто окрема фізична особа, а й носій більш широкого інтересу, адже воєнні злочини посягають на колективні цінності міжнародного правопорядку. Предмет злочину у розумінні статті 438 найчастіше має значення при злочинах проти власності та у сфері застосування забороненої зброї та методів. Тому практичне значення полягає у тому, щоб правильно трактувати терміни “національні цінності”, “заборонені засоби та методи” тощо. Отже, поняття потерпілого і предмета злочину тісно пов'язані з кваліфікацією діянь за статті 438, і їх належне розуміння є передумовою правильної правової оцінки діянь.

Об'єктивна сторона порушення законів та звичаїв війни охоплює широкий спектр дій, але завжди в контексті війни. Правильне визначення цих дій і обставин є вирішальним для кваліфікації. Міжнародні договори містять невичерпний перелік порушень законів та звичаїв війни, у веденні збройного конфлікту воюючі сторони обмежені міжнародним правом, яке накладає конкретні обмеження і заборони на методи і засоби ведення війни. Об'єктивна сторона проявляється у дуже різних формах дій, всі з яких порушують норми міжнародного гуманітарного права. Така різноманітність сильно ускладнює роботу правоохоронних органів, оскільки необхідно правильно кваліфікувати діяння залежно від того, яке саме порушення законів та звичаїв війни порушено: чи то норми щодо захисту осіб (життя, здоров'я, гідності), чи то норми щодо захисту об'єктів (цивільних споруд, майна, культурних цінностей), чи правила щодо методів ведення війни. Нерідко одне епізодичне діяння підпадає відразу під кілька норм міжнародного гуманітарного права, в національному законодавстві таке діяння буде охоплюватися однією статтею – 438 Кримінального кодексу. Відповідно, в описовій частині підозри чи обвинувачення необхідно обов'язково уточнювати, яке саме положення

міжнародного права було порушене. Така практика дозволяє применшити цей недолік бланкетної норми та занадто широкого формулювання в обвинувальному акті та конкретизує обвинувачення.

Коло осіб, здатних бути суб'єктом порушення законів і звичаїв війни, є доволі широким, що відповідає цілям притягнення до відповідальності всіх винних, незалежно від статусу і сторони конфлікту. В цілому ж нинішнє визначення суб'єкта статті 438 цілком охоплює всіх, хто має підлягати покаранню за воєнні злочини. Суб'єкт кримінального правопорушення, передбаченого статтею 438 Кримінального кодексу України загальний. Відповідальність за дане кримінальне правопорушення несуть комбатанти, особи, які надають накази на вчинення кримінально-протиправних діянь та в деяких випадках цивільні особи (в тому числі і найманці, шпигуни, диверсанти тощо). При цьому, необхідно довести, що особа розуміла незаконність своїх дій у контексті збройного конфлікту.

Суб'єктивна сторона порушення законів та звичаїв війни характеризується прямим умислом. Винний керується усвідомленням факту, що порушує норми міжнародного права, і волевиявленням, спрямованим на вчинення такого порушення. Встановлення умислу є обов'язковим для притягнення до відповідальності за статтею 438.

Окремо враховується статус осіб, залучених до подій. Наприклад, військовополонені та цивільні особи відповідно до Третьої та Четвертої Женевських конвенцій 1949 року, Римського статуту вважаються захищеними особами, щодо яких міжнародне гуманітарне право передбачає особливий режим захисту. Крім того, воєнний злочин повинен становити серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права – як звичаєвих, так і договірних.

Отже, виходячи з даного аналізу, можна виокремити певні проблеми у формулюванні та застосуванні на практиці статті 438 Кримінального кодексу України. До таких проблем належать невизначеність деяких її положень, а також недостатньо чітке відображення серйозності порушень міжнародного

гуманітарного права. Стаття 438 Кримінального кодексу України вимагає детального розуміння міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права для правильної кваліфікації дій як воєнних злочинів, та необхідно визначати, на які саме положення міжнародного права посилатися під час кваліфікації дій за цією статтею.

Практичні проблеми полягають в розслідуваннях таких злочинів, а саме: складність кваліфікації кримінальних правопорушень; складнощі у збиранні доказів та залученні спеціалізованих експертів; звільненні від відбування покарання осіб, переданих у межах обміну як військовополонені. Знову ж таки, виникають складнощі у відображенні контекстуальних елементів у процесуальних документах. Актуальним також є питання конкуренції кримінально-правових норм та коректності їх кваліфікації: спостерігається практика неправильної кваліфікації таких злочинів, коли порушення законів та звичаїв війни кваліфікуються як загальнокримінальні злочини – без врахування контексту збройного конфлікту. Крім того, санкції, передбачені статтею 438 Кримінального кодексу України можуть бути занижені порівняно з покаранням за загальнокримінальні злочини.

РОЗДІЛ 3

ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ

3.1. Напрями вдосконалення кримінального законодавства про порушення законів та звичаїв війни

До початку повномасштабного вторгнення в Україну стаття 438 Кримінального кодексу України практично не застосовувалася. Проте у зв'язку з воєнними подіями, що тривають нині, це питання набуло надзвичайної актуальності. Сучасні збройні конфлікти характеризуються динамічним розвитком і особливою жорстокістю з боку учасників, що суттєво відрізняє їх від воєнних дій минулого. За таких обставин національний законодавець, ухвалюючи відповідні норми, не міг передбачити всіх можливих ситуацій і їхніх юридичних нюансів.

Аналіз статті 438 Кримінального кодексу України дозволяє дійти висновку про його складну юридичну природу та тісний зв'язок із нормами міжнародного гуманітарного права. Особливість складу цього кримінального правопорушення полягає в тому, що диспозиція статті має бланкетний характер, оскільки посилається на “порушення законів та звичаїв війни”, конкретний зміст яких розкривається через норми міжнародного права, обов'язкові для України.

У цьому контексті кваліфікація діянь за статтею 438 Кримінального кодексу України не може ґрунтуватися на загальних формулюваннях. Йдеться про необхідність чіткого визначення конкретного діяння, що прямо заборонене міжнародним договором, який ратифікований Верховною Радою України. Іншими словами, щоб визнати дії особи порушенням законів та звичаїв війни, потрібно виявити конкретну норму міжнародного гуманітарного права, що забороняє відповідну поведінку.

З метою вирішення зазначеної проблеми Верховна Рада України ухвалила Закон за проектом № 2689 від 27 грудня 2019 року “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права” [82], даний Закон було направлено на підпис Президенту України 07 червня 2021 року, однак станом на зараз він “застряг” на цьому етапі. У цьому Законі передбачено класифікацію воєнних злочинів на окремі категорії: злочини проти особи, злочини проти власності, злочини, що полягають у застосуванні заборонених методів або засобів ведення війни, злочини проти гуманітарних операцій і використання захищених символів, а також злочини проти культурних цінностей, які перебувають під охороною міжнародного гуманітарного права. Крім того, 15 квітня 2022 року було зареєстровано альтернативний законопроект № 7290 про внесення змін до Кримінального кодексу та Кримінального процесуального кодексу України, в якому також запропоновано структурувати воєнні злочини за аналогічними видами [83].

Важливо звернути увагу на необхідності підписання законопроекту № 2689, який був ухвалений Верховною Радою України ще у 2021 році, але досі не набрав чинності через відсутність підпису Президента. Важливість цього Закону полягає в тому, що він передбачає імплементацію норм міжнародного гуманітарного права до національного законодавства, зокрема до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України. Зокрема, у документі пропонується розширити та деталізувати перелік воєнних злочинів відповідно до Римського статуту, уточнити механізми притягнення до відповідальності за злочини геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини, а також вдосконалити процедури їх розслідування та судового розгляду. Реалізація цього закону є ключовим кроком в узгодженні українського законодавства з міжнародними стандартами та створенні належної правової основи для кваліфікації діянь осіб, винних у кримінальних правопорушень за воєнні злочини та їх покарання під час збройного конфлікту.

Окрім запропонованих змін, які вже імплементовані в законодавство відповідно до Закону України № 4012-IX від 09.10.2024 року “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв’язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього” (запроваджено злочин проти людяності – стаття 442-1; внесено зміни до інституту строків давності за воєнні злочини, геноцид, агресію, злочини проти людяності, відповідно до яких давність не застосовується – частина 5 статті 49, частина 4 статті 80 у новій редакції тощо), замість єдиної бланкетної статті 438 в проєкті запропоновано систему статей з 438 по 438-5, які конкретизують окремі види воєнних злочинів.

Фактично законопроект розділив диспозицію старої статті 438 на декілька складів, наблизивши їх формулювання до переліку воєнних злочинів у статті 8 Римського статуту. Наприклад, передбачалося окремо криміналізувати: умисні вбивства, каліцтва та катування осіб, що перебувають під захистом міжнародного права; депортацію або насильницьке переміщення населення; взяття заручників; умисне спричинення голоду серед цивільного населення; напади на цивільних осіб, які не беруть участі у бойових діях; напади на цивільні об’єкти, що не є військовими цілями; умисне знищення або привласнення майна, не виправдане військовою необхідністю; зґвалтування та інші форми сексуального насильства, вчинені в зв’язку з конфліктом; примусове залучення дітей до збройних формувань; неправомірне використання розпізнавальних емблем (Червоного Хреста, білого прапора) чи форми противника; напади на медичні та гуманітарні місії; осквернення тіл загиблих тощо. Всього у пояснювальній записці перераховувалося понад 30 складів, які пропонувалося охопити новими статтями з 438 по 438-5. Таким чином, модель законопроекту № 2689 – це перехід від бланкетної норми до чіткого переліку воєнних злочинів, подібно до підходу сучасних кримінальних кодексів деяких країн.

Одночасно скасовувалися “зайві” статті, які дублювали за своєю суттю воєнні злочини: стаття 432 “Мародерство”, стаття 433 “Насильство над

населенням у районі бойових дій”, стаття 435 “Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею” вилучені, бо їхню сутність мали поглинути нові воєнні злочини. Це усунуло б колізії між розділами кодексу.

Отже, проєкт № 2689 системно змінює законодавство про воєнні злочини. Фактично він створює в українському Кримінальному кодексі повноцінну частину, присвячену міжнародним злочинам, узгоджену з Римським статутом та Женевськими конвенціями. Це мало б заповнити прогалини, через які раніше частину злочинів можуть кваліфікувати як загальнокримінальні.

Загалом законопроект оцінюється позитивно, як такий, що відповідає сучасним тенденціям. Попри прийняття закону № 2689, його імплементація не відбулася в повному обсязі одразу, ймовірно, аби не дезорганізувати вже відкриті провадження. Тому зміни впроваджуються поступово: положення про назви злочинів змінили (тепер стаття 438 називається “Воєнні злочини” замість “Порушення законів та звичаїв війни”, але самі диспозиції залишилися бланкетними. Станом на жовтень 2024 року, коли Україна ратифікувала Римський статут, було ухвалено наведений вище закон, який вносив лише мінімальні зміни. Проте залишається очікування, що після стабілізації ситуації, до Кримінального кодексу буде внесено всі деталізовані склади, як запропоновано в проєкті.

Наразі положення про воєнні злочини все ще викладені в Кримінальному кодексі у старому вигляді, що, як і раніше, є занадто загальним формулюванням. Тому, існує необхідність нової редакції цієї статті (чи комплексу статей), оскільки для України поділ статті 438 на конкретні склади дозволив би чіткіше визначити об’єктивну сторону кожного злочину та адекватно диференціювати відповідальність.

Пропонується розділити статтю 438 Кримінального кодексу України та викласти її у новій редакції, передбачивши в ній:

1. Конкретизовані групи воєнних злочинів, взяті, наприклад, з законопроекту № 2689 та міжнародних визначень. Зокрема, згрупувати форми за об'єктом злочину в окремі статті: воєнні злочини проти особи; воєнні злочини проти власності; воєнні злочини, що полягають у застосуванні заборонених методів ведення війни; воєнні злочини, що полягають у застосуванні заборонених засобів ведення війни; воєнні злочини проти гуманітарних операцій та використання символів; воєнні злочини проти культурних цінностей, що перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права.

2. До переліку кожної категорії воєнних злочинів доцільно включити передбачені міжнародним правом діяння (кожне – окрема частина з роз'ясненням щодо форми), наприклад: “Умисне вчинення (заподіяння) у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом чи збройним конфліктом неміжнародного характеру стосовно особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, незаконного позбавлення волі” [82].

3. Присвятити окрему частину кваліфікуючим обставинам та особливо тяжким воєнним злочинам. Зокрема, встановити більш суворіше покарання щодо діянь, передбачені попередніми частинами, якщо вони спричинили смерть кількох осіб, вчинені щодо малолітніх, або вчинені групою осіб.

4. Передбачити в примітках до статей визначень відповідних понять, наприклад: “Примітка. У статтях 438 і 438-2 цього Кодексу під особами, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права, розуміються: у контексті міжнародного збройного конфлікту – будь-яка особа, яка перебуває під захистом відповідно до Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року і Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), включаючи хворих, поранених, осіб, які потерпіли корабельну аварію, військовополонених, медичний та духовний персонал і цивільних осіб” [82].

Найбільш доцільним напрямом вирішення проблеми неспівмірних санкцій є запровадження деталізованої кримінально-правової кваліфікації окремих видів порушень законів і звичаїв війни шляхом їх нормативного розмежування у межах різних статей Кримінального кодексу України, де враховувалися б конкретні обставини, такі як кількість жертв, їхній вік, наслідки для потерпілих тощо [71]. Такий підхід відображав би багатоманітність форм воєнних злочинів, та сприяв би більш точній кваліфікації кожного конкретного діяння. З цією метою впродовж останніх років було підготовлено кілька законопроектів, які передбачають диференціацію кримінальної відповідальності залежно від характеру та тяжкості вчиненого діяння.

Альтернативним шляхом удосконалення існуючої правової конструкції є посилення санкції частини 1 статті 438 Кримінального кодексу України шляхом запровадження додаткової альтернативи у вигляді покарання у формі довічного позбавлення волі. Це може стати запобіжником від недостатньої суворості відповідальності у випадках особливо тяжких воєнних злочинів, які не охоплюються кваліфікуючими ознаками частини другої статті 438.

Додатково, у своїй статті автори Зоя Загиней-Заболотенко, Оксана Кваша та Оксана Чаплюк пропонують основні техніко-юридичні рекомендації оформлення вироків щодо воєнних злочинів. В обвинувальному вирокі, яким особа засуджується за статтею 438 Кримінального кодексу України необхідно вказувати, яка конкретно Конвенція була порушена, при цьому потрібно не лише вказувати назви конвенцій, а й зазначати, які конкретно їх статті становлять собою порушення законів та звичаїв війни [84]. Дотримання таких вимог допомогло б забезпечити правової визначеності в кримінальному праві.

Антон Столітній виносить свою пропозицію щодо удосконалення порядку обліку злочинів, пов'язаних із порушенням законів та звичаїв війни. Зокрема, пропонується внести зміни до Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, порядок його формування та ведення, затвердженого наказом Генерального прокурора від 30.06.2020 № 298 щодо встановлення в ЄРДР

додаткових відміток щодо розмежування порушень законів та звичаїв війни щодо військовополонених, цивільного населення, національних цінностей, застосування заборонених засобів ведення війни та інших порушень законів та звичаїв війни; встановити в ЄРДР додаткові відмітки щодо розмежування порушень законів та звичаїв війни, вчинених проти життя та здоров'я особи, волі, честі та гідності особи, статевої свободи та статевої недоторканості особи, проти власності [85].

У нинішніх умовах особливої актуальності набуває також необхідність пошуку ефективних механізмів притягнення російських військовослужбовців до кримінальної відповідальності. Одним із таких механізмів може стати створення окремого міжнародного трибуналу, спеціалізованого на розгляді справ про порушення норм міжнародного гуманітарного права. Незважаючи на загальний розвиток міжнародного правопорядку, збройні конфлікти у світі, на жаль, не зменшуються, що лише посилює потребу в інституціях, здатних забезпечити справедливість.

Як зазначає Наталія Антонюк, ініціатива зі створення міжнародного трибуналу у справах, пов'язаних із воєнними злочинами в Україні, є надзвичайно важливою та потребує підтримки з боку демократичних держав. У той же час національні суди залишаються відповідальними за провадження проти військовослужбовців нижчої та середньої ланок, і прогнозується значне зростання кількості таких справ [69].

Андрій Вознюк пропонує наступне рішення вирішення проблеми звільнення від відбування покарання осіб, переданих у межах обміну як військовополонені. Йдеться про необхідність запровадження правових механізмів, які дозволили б зберігати можливість притягнення до відповідальності в майбутньому. Як приклад автор наводить передбачення відстрочки виконання вироку з можливістю оголошення особи в розшук, зміну запобіжного заходу перед обміном або створення нової форми звільнення з випробуванням – із призупиненням вироку до моменту повернення особи в

юрисдикцію України чи винесення рішення міжнародною судовою інстанцією [71]. Такі механізми потребують нормативного доопрацювання, але саме вони здатні забезпечити баланс між гуманітарною доцільністю (щодо обміну військовополоненими) та принципами кримінального права (караності винних осіб).

Стаття 438 КК України в її чинному вигляді відіграла важливу роль у притягненні воєнних злочинців до відповідальності, але сучасні реалії та розвиток права диктують необхідність її оновлення. Проект № 2689 заклав фундамент для такої реформи, запропонувавши розширення і уточнення складів. Авторське бачення полягає у втіленні цих ідей у поміркований спосіб: згрупувати види воєнних злочинів за об'єктом посягання; деталізувати форми воєнних злочинів, додати в положення статті визначення термінів; доповнити положеннями про кваліфікуючі ознаки; посилити санкції.

Додатково, варто наголосити на важливості правильної кваліфікації діянь в обвинувальних актах та вироків судів. Необхідно обов'язково зазначати, які саме діяння підозрюваного чи обвинуваченого складають порушення законів та звичаїв війни, з окремим посиланням на конкретний нормативно-правовий акт, який містить кодифіковане діяння як воєнний злочин. Тобто треба обов'язково повно та конкретно зазначати, які діяння особи становлять порушення законів та звичаїв війни, зазначаючи також і всі необхідні елементи складу злочину.

Науковці також пропонують також внести відповідні зміни в внести зміни до Положення про Єдиний реєстр досудових розслідувань, щоб додати в ЄРДР додаткову відмітку щодо того, про яке саме діяння йдеться при кваліфікації діянь за статтею 438 Кримінального кодексу України для розмежування цих злочинів. Також необхідно чітко доводити вину у формі умислу, використовуючи всі

можливі докази: свідчення, документи чи інші речові докази, характер діяння тощо. Доцільним буде розробити спеціальні методики встановлення умислу при розслідуванні воєнних злочинів, в роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України дати визначення термінам та зазначити про особливості застосування статті 438 Кримінального кодексу України та розмежування суміжних злочинів.

Ще одним важливим моментом є створення окремого спеціального міжнародного трибуналу щодо воєнних злочинів, вчинених РФ на території України. Для цього необхідно залучати підтримку міжнародної спільноти та докласти багато зусиль з нашого боку, але це стало б важливим кроком для притягнення винних осіб до відповідальності за воєнні злочини. Адже на даний момент, враховуючи складність притягнення до відповідальності військовослужбовців Російської Федерації, більшість вироків будуть заочними, бо фізичне перебування цих військовослужбовців невідоме.

Таким чином, узгодження українського законодавства з міжнародними стандартами у сфері воєнних злочинів має включати: імплементацію усіх категорій воєнних злочинів, передбачених міжнародним гуманітарним правом; усунення неоднозначностей в Кодексі (після імплементації нової редакції); забезпечення більш суворого покарання. У підсумку, вдосконалена система норм про воєнні злочини дозволить більш ефективно притягати до відповідальності винних у звірствах війни та забезпечити справедливість для жертв.

ВИСНОВКИ

Порушення законів та звичаїв війни становлять надзвичайну суспільну небезпеку, адже вони порушують фундаментальні норми моралі та гуманності, завдають великої шкоди цивільному населенню, культурній спадщині, довкіллю, та в цілому підривають міжнародну безпеку та порядок.

Стаття 438 Кримінального кодексу України встановлює відповідальність за воєнні злочини. Стаття вказує на порушення законів та звичаїв війни, що мають бути оцінені в контексті міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права для правильної кваліфікації дій як воєнних злочинів. Дане положення сформульоване як бланкетна норма, тому необхідно звертатися до міжнародних договорів і нормативних актів для точного визначення змісту цих злочинів.

Класифікація порушення законів та звичаїв війни охоплює широкий спектр діянь, що спрямовані для завдання максимальної шкоди суспільству. До початку повномасштабного вторгнення в Україну стаття 438 Кримінального кодексу України майже не застосовувалася на практиці. Проте у зв'язку зі збройною агресією Російської Федерації це питання набуло надзвичайної актуальності.

Оскільки Україна є учасницею багатьох міжнародних договорів у галузі міжнародного гуманітарного права, правильне застосування і трактування статті 438 Кримінального кодексу України є надзвичайно важливим. Однак, важливим аспектом є не лише включення міжнародних норм у національне законодавство, але й їх належне застосування судами. Так, вироки судів мають базуватися на чіткому розумінні та кваліфікації дій як злочинів, передбачених статтею 438 Кримінального кодексу України, з урахуванням відповідних положень міжнародного гуманітарного права. У цьому контексті надзвичайно важливим є те, щоб у мотивувальній частині вироку суд наводив не лише пряме посилання на статтю 438 Кримінального кодексу України, а й чітко визначав, яке

саме порушення міжнародного гуманітарного права інкримінується обвинуваченому. Йдеться про посилання на конкретні положення міжнародних договорів, що регламентують правила ведення війни, а також практику міжнародних судів.

Склад злочину за статтею 438 має багатокомпонентний характер: вона передбачає конкретні форми протиправних дій і містить загальну бланкетну норму про “інші порушення законів і звичаїв війни, передбачені міжнародними договорами”, тобто перелік заборонених дій закріплено через відсилання до міжнародних конвенцій і угод. Відповідальність передбачена індивідуальна та не лише для безпосередніх виконавців, але й для тих осіб, які віддавали накази на їх вчинення. Об’єктом злочину за статтею 438 є комплекс міжнародно-правових цінностей і конкретних благ, які захищаються під час війни. Для кваліфікації за статтею 438 необхідно, щоб об’єкт мав статус, захищений нормами міжнародного гуманітарного права (цивільний, військовополонений, медичний персонал, об’єкт цивільної інфраструктури тощо). У суб’єктивній стороні статті 438 ключовою є умисна форма вини – передбачається свідоме, навмисне здійснення воєнного злочину. Також обов’язковим елементом має бути доведення наявності контекстуального елемента у складі кримінального правопорушення, та необхідно зазначити про це в обвинувальному акті та судових рішеннях. Якщо цей воєнний контекст не буде доведений – діяння слід кваліфікувати за загальнокримінальними статтями.

Таким чином, для ефективної реалізації кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни необхідне не лише застосування національних кримінально-правових норм, а й обов’язкове врахування положень міжнародного гуманітарного права. Це є гарантією того, що кваліфікація воєнного злочину буде юридично коректною та узгодженою з міжнародними стандартами. Адекватне розуміння та застосування статті 438 Кримінального кодексу України має важливе значення для забезпечення правосуддя та відновлення справедливості для жертв війни.

Хоча Україна сумлінно прагне привести своє національне законодавство у відповідність до міжнародного гуманітарного права, особливо після російської агресії, проблеми з інтерпретацією та правозастосуванням залишаються і досі. Необхідно усунути нечіткості в формулюванні статті 438 Кримінального кодексу України та сформулювати чіткі визначення для покращення інтерпретації та практичного застосування при кваліфікації таких діянь, зокрема внести відповідні зміни до Кримінального кодексу України для уточнення в частині зазначення чіткого переліку порушень законів та звичаїв війни.

До недоліків законодавства відносяться невизначеність положень статті 438 Кримінального кодексу України, недостатньо чітке відображення серйозності порушень міжнародного гуманітарного права. Для правильної кваліфікації діянь винних як воєнних злочинів необхідно визначати, які саме положення міжнародного права застосовні до конкретних обставин справи. Через це виникають труднощі кваліфікації кримінальних правопорушень; відображенні контекстуальних елементів у процесуальних документах. Що спричиняє наступну проблему: неправильна кваліфікація порушення законів та звичаїв війни як загальнокримінальні злочини – без врахування контексту збройного конфлікту.

Запропоновані напрямки вдосконалення законодавства включають в себе підписання відповідних законопроектів, що передбачають класифікацію воєнних злочинів на окремі категорії, розширюють та деталізують перелік воєнних злочинів відповідно до Римського статуту. Додатково, варто розглянути посилення верхньої межі санкції частини 1 статті 438 Кримінального кодексу України до довічного позбавлення волі.

Додатковим механізмом є створення окремого міжнародного трибуналу, спеціалізованого на розгляді справ про порушення норм міжнародного гуманітарного права, що надасть можливість Україні притягнути винних осіб до кримінальної відповідальності та забезпечити відновлення справедливості.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон України від 09.10.2024 № 4012-IX : станом на 24 жовт. 2024 р. URL:
<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#Text>
2. ХАВРОНЮК М. Міжнародні договори в розумінні ст. 438 Кримінального кодексу України. Право України. 2023. № 2023/05. С. 66. URL:
<https://doi.org/10.33498/louu-2023-05-066>
3. Чорний І. Я. До питання щодо підстав криміналізації воєнних злочинів. Ukrainian polyseistics: theory, legislation, practice No 3(11) 2024. [Електронний ресурс] – Режим доступу:
<https://policeyistika.dnuvs.ukr.education/index.php/policeyistyka/article/view/209/186>
4. Danilyan O., Dzioban O. Protection of human rights in Ukraine under martial law. Information and law. 2025. No. 1(52). P. 9–21. URL: [https://doi.org/10.37750/2616-6798.2025.1\(52\).324649](https://doi.org/10.37750/2616-6798.2025.1(52).324649)
5. Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти. Навчальний посібник, Київ, 2018. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2021/05/msc_6_copy.pdf
6. Ковалів М. Внесок Нюрнберзького трибуналу у формування норм міжнародного права щодо злочинних організацій. Sorernicus, Львів 2022. [Електронний ресурс] – Режим доступу:
<https://czasopisma.marszalek.com.pl/images/pliki/cpls/2/cpls203.pdf>
7. Міжнародне гуманітарне право. Посібник для юриста / [М.М. Гнатовський, Т.Р. Короткий, А.О. Кориневич, В.М. Лисик, О.Р. Поєдинок, Н.В. Хендель]; за ред. Т.Р. Короткого – Київ-Одеса : Українська гельсінська спілка з прав людини, Фенікс, 2016. – 2017. - 145с. [Електронний ресурс] – Режим доступу:
<https://www.helsinki.org.ua/wp-content/uploads/2018/03/MHP->

[final.pdf#:~:text=%D1%82%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%B6%20%E2%80%93%20%D1%83%20%D1%81%D0%B2%D0%BE%D1%94%D0%BC%D1%83%20%D0%BB%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D1%83,%D0%BA%D0%BB%D1%8E%D1%87%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D0%B3%D0%BE%20%D1%82%D0%B5%D1%80%02%D0%BC%D1%96%D0%BD%D1%83%20%C2%AB%D0%B7%D0%B1%D1%80%D0%BE%D0%B9%D0%BD%D0%B8%D0%B9](#)

8. Марчук Наталія. Порушення законів та звичаїв війни: особливості кваліфікації ст. 438 КК України. Листопад 2022. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1345046/>

9. Хавронюк М. І. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни: двадцять запитань та відповідей. Центр політико-правових реформ, 19.02.2022. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://pravo.org.ua/blogs/kryminalna-vidpovidalnist-za-porushennya-zakoniv-ta-zvychayiv-vijny-dvadtsyat-zapytan-ta-vidpovidej/#link9>

10. Нестор В. Р. Конфіскація об'єктів права власності держави-агресора та пов'язаних з нею осіб для відшкодування шкоди, що заподіяна внаслідок бойових дій: зарубіжний досвід та шляхи реалізації. Право і суспільство. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2022/4_2022/13.pdf

11. Ногас Назар. Міжнародний захист прав людини під час збройних конфліктів. Актуальні проблеми правознавства. Березень 2023. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://appj.wunu.edu.ua/index.php/appj/article/view/1508>

12. Predmestnikov, O., & Krivtsov, D. (2025). International legal mechanisms to ensure accountability for war crimes and crimes against humanity in Ukraine. *Social Development: Economic and Legal Issues*, (2), 112–119. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://doi.org/10.70651/3083-6018/2025.2.13><https://www.eu-scientists.com/index.php/sdel/article/view/92/85>

13. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 : станом на 8 лют. 2006 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text
14. Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 : станом на 8 лют. 2006 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152#Text
15. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 : станом на 23 лют. 2023 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text
16. Конвенція про захист цивільного населення під час війни (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 : станом на 23 лют. 2023 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text
17. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року (укр/рос) : Протокол Орг. Об'єдн. Націй від 08.06.1977 : станом на 8 груд. 2005 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text
18. 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 (укр/рос) : Протокол Орг. Об'єдн. Націй від 08.06.1977 : станом на 8 груд. 2005 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text
19. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III) (укр/рос) : Протокол Орг. Об'єдн. Націй від 08.12.2005 : станом на 22 жовт. 2009 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g74#Text
20. IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі : Конвенція Україна від 18.10.1907. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text

21. Другий Протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року : Протокол Орг. Об'єдн. Націй від 26.03.1999 : станом на 30 квіт. 2020 р.

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_001-99#Text

22. Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї та про їх знищення : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 10.04.1972. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_054#Text

23. Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 18.05.1977 : станом на 5 жовт. 1978 р. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text

24. Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибірккову дію (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 10.10.1980 : станом на 15 черв. 2004 р. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266#Text

25. Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 13.01.1993 : станом на 16 жовт. 1998 р. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_182#Text

26. Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 18.09.1997 : станом на 18 трав. 2005 р. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_379#Text

27. Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів Женева, 17 червня 1925 року : Протокол Ліги Націй від 17.06.1925. URL:

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_198#Text

28. Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення (укр/рос) : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 13.01.1993 : станом на 16 жовт. 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_182#Text
29. Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах (укр/рос) : Протокол Орг. Об'єдн. Націй від 01.01.2000 : станом на 23 черв. 2004 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_795#Text
30. Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 20.12.2006 : станом на 17 черв. 2015 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text
31. ICRC. International Humanitarian Law Databases. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1>
32. Коваль Д. Джерела інтерпретації статті 438 Кримінального Кодексу України. Truth Hounds. URL: <https://truth-hounds.org/cases/dzherela-interpretacziyi-statti-438-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny/>
33. Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : Наказ М-ва оборони України від 23.03.2017 № 164 : станом на 31 трав. 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>
34. Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього : Закон України від 21.08.2024 № 3909-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3909-20#Text> (дата звернення: 09.05.2025).
35. Постанова Верховної Ради України №145-VIII від 4 лютого 2015 року «Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду». – [Електронний ресурс]: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19#Text>
36. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 року. Офіційний переклад. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588

37. Заява Верховної Ради України до Міжнародного кримінального суду про визнання Україною юрисдикції міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів у період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року від 25 лютого 2014 р. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/790-18#Text>

38. Про Заяву Верховної Ради України «Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій «ДНР» і «ЛНР», які призвели до особливо тяжких наслідків і масового вбивства українських громадян : постанова Верховної Ради України від 4 лют. 2015 р. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19#Text>

39. Грушко М. В. Міжнародне гуманітарне право: навчально-методичний посібник. За ред. завідувача кафедри міжнародного та європейського права, професора О. В. Бігняка. Одеса. Видавничий дім: «Гельветика», 2022. Режим доступу:

<https://library.megu.edu.ua:9443/jspui/bitstream/123456789/2850/1/2022%20%D0%93%D1%80%D1%83%D1%88%D0%BA%D0%BE%20%D0%9C.%20%D0%92.%D0%9C%D1%96%D0%B6%D0%BD%D0%B0%D1%80%D0%BE%D0%B4%D0%BD%D0%B5%20%D0%B3%D1%83%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D1%96%D1%82%D0%B0%D1%80%D0%BD%D0%B5%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE%20%D0%B7%20%D0%92%D0%BB%D0%B0%D0%B4%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE%D1%8E.pdf>

40. Global Rights Compliance Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні. Травень 2023. Режим доступу: <https://globalrightscompliance.com/wp-content/uploads/2023/05/%D0%9A%D0%95%D0%A0%D0%86%D0%92%D0%9D%D0%98%D0%A6%D0%A2%D0%92%D0%9E-%D0%97->

[%D0%91%D0%90%D0%97%D0%9E%D0%92%D0%98%D0%A5-%D0%A1%D0%A2%D0%90%D0%9D%D0%94%D0%90%D0%A0%D0%A2%D0%86%D0%92-%D0%A0%D0%9E%D0%97%D0%A1%D0%9B%D0%86%D0%94%D0%A3%D0%92%D0%90%D0%9D%D0%9D%D0%AF-%D0%94%D0%9B%D0%AF-%D0%94%D0%9E%D0%9A%D0%A3%D0%9C%D0%95%D0%9D%D0%A2%D0%A3%D0%92%D0%90%D0%9D%D0%9D%D0%AF-%D0%9C%D0%86%D0%96%D0%9D%D0%90%D0%A0%D0%9E%D0%94%D0%9D%D0%98%D0%A5-%D0%97%D0%9B%D0%9E%D0%A7%D0%98%D0%9D%D0%86%D0%92-%D0%92-%D0%A3%D0%9A%D0%A0%D0%90%D0%87%D0%9D%D0%86.pdf](#)

41. Гнатівський М., Короткий Т. Визначення воєнних злочинів у міжнародному кримінальному праві. Квітень 2022. Режим доступу: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/viznachennya-voennih-zlochiv-u-mizhnarodnomu-kriminalnomu-pravi.html>

42. Василенко В.А. МКС і злочини проти людяності в Україні. Режим доступу: http://gazeta.dt.ua/international/mks-i-zlochini-proti-lyudyanosti-v-ukrayini_.html

43. Козлієва Зера. Міжнародний злочин: його кваліфікаційні ознаки. Квітень 2023. Режим доступу: <https://justtalk.com.ua/post/mizhnarodnij-zlochin-jogo-kvalifikatsijni-oznaki>

44. Кваліфікація та розслідування порушення законів і звичаїв війни : наук.-практ. посіб. / А. А. Вознюк, І. В. Жук, О. В. Таран, С. С. Чернявський та ін.; за заг. ред. М. С. Цуцкірідзе, В. В. Чернея, А. А. Вознюка. К. : Норма права, 2023. 322 с. Режим доступу: <https://elar.navs.edu.ua/server/api/core/bitstreams/e4f89ae5-0546-463c-9aad-40aaad602f09/content>

45. Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : Наказ М-ва оборони України від 23.03.2017 № 164 : станом на 31 трав. 2022 р.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>

46. 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. Т. 4, № 100. С. 57–74. URL: <https://doi.org/10.33766/2524-0323.100.57-74>
47. Shevchuk A. V. Violation of laws and customs of war (Article 438 of the Criminal Code of Ukraine), committed on behalf of and in the interests of the Russian Federation: problems of criminal legal response. *Uzhhorod National University Herald. Series: Law*. 2024. Vol. 2, no. 81. P. 372–377. URL: <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2024.81.2.58>
48. Справа №554/3954/22 від 26 вересня 2022 року. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104731235>
49. Про затвердження Положення про Державний реєстр національного культурного надбання : Постанова Каб. Міністрів України від 12.08.1992 № 466. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/466-92-п#Text>
50. Справа №760/5257/22 від 23 травня 2022 року. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>
51. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 10.12.1984 : станом на 13 листоп. 1998 р.
URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text
52. Global Right Compliance. Імплементация норм міжнародного гуманітарного права на національному рівні в Україні. Вересень 2020. Режим доступу: <https://www.asser.nl/media/794858/2021-the-domestic-implementation-of-ihl-in-ukraine-updated-%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0.pdf>
53. Шульженко А. В. Проблеми доказування об'єктивної сторони у злочинах про порушення законів і звичаїв війни. *Вісник Луганського державного*

університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка. 2022. Т. 2, № 98. С. 261–270. URL: <https://doi.org/10.33766/2524-0323.98.261-270>

54. Справа №750/2891/22 від 01 листопада 2022 року. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105614689>

55. Справа №535/244/22 від 21 вересня 2022. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104531363>

56. Справа №588/1072/22 від 04 грудня 2023 року. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110714705>

57. Антонюк Н., Мазур М. “Інші порушення законів та звичаїв війни” (проблеми тлумачення та застосування ст. 438 Кримінального кодексу України). *Право України*. 2023. № 2023/05. С. 101.

URL: <https://doi.org/10.33498/louu-2023-05-101>

58. Хавронюк Микола. Обов’язок захищати Вітчизну і нові статті Кримінального кодексу. Центр політико-правових реформ, квітень, 2022. Режим доступу: <https://pravo.org.ua/blogs/obov-yazok-zahyshhaty-vitchyznu-i-novi-statti-kryminalnogo-kodeksu/>

59. Офіс Генерального прокурора. Статистика про зареєстровані кримінальні правопорушення та результати їх досудового розслідування. Режим доступу: <https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-zareyestrovani-kryminalni-pravoporushennya-ta-rezultati-yih-dosudovogo-rozsliduvannya-2>

60. Головне управління Національної поліції у місті Києві. Злочини, вчинені військовими рф під час повномасштабного вторгнення в Україну (станом на 13.01.2025). Режим доступу: <https://kyiv.npu.gov.ua/news/zlochyny-vchyneni-viiskovymu-rf-pid-chas-povnomasshtabnoho-vtorhnennia-v-ukrainu-stanom-na-13012025>

61. Мазур Микола. Воєнні злочини (ст. 438 Кримінального кодексу України).

Режим доступу:

https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2023_prezent/Prezent_voen_zloch.pdf

62. Всеукраїнська громадська організація «Асоціація правників України». Звіт за результатами впровадження проєкту «Моніторинг судових проваджень у справах про воєнні злочини. Грудень 2023. Режим доступу: https://uba.ua/documents/1PR/PR%20%26%20Communications%202023/Monitoring%20report_UKR-1.pdf
63. Козлиєва Зера. Міжнародний злочин: його кваліфікаційні ознаки. Квітень 2023. Режим доступу: <https://justtalk.com.ua/post/mizhnarodnij-zlochyn-jogo-kvalifikatsijni-oznaki>
64. Гловюк І. Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді. Право України. 2023. № 2023/05. С. 85. URL: <https://doi.org/10.33498/louu-2023-05-085>
65. Задоя К. .П. Справа Шишимаріна: які виклики стоять перед українською судовою практикою в справах про воєнні злочини? Режим доступу: <https://elar.navs.edu.ua/server/api/core/bitstreams/19a8c0b5-91fb-4e9a-be74-6145590823f8/content>
66. Ус О.В. Кваліфікація злочину при конкуренції кримінально-правових норм, частини та цілого. Науковий вісник Ужгородського Національного університету, Серія Право. Випуск 55. Том 2, 2019. Режим доступу: <https://visnyk-juris-uzhnu.com/wp-content/uploads/2020/12/No.55-2.pdf#page=110>
67. Антонюк Н. О. Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення / Н. О. Антонюк // Право України. - 2023. - № 5. - С. 30-38. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/prukr_2023_5_5
68. Загиней-Заболотенко З. А., Гладун О. З. Порухення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням контекстуальних обставин. Право України. 2023. № 5. С. 117-132. URL: <http://jnas.nbuv.gov.ua/article/UJRN-0001430745>
<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1301090>
69. Антонюк Н. Забезпечення справедливого та ефективного правосуддя в Україні у справах про воєнні злочини є ключовим. Верховний Суд, липець 2022 р. Режим доступу: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1301090>

70. Гловюк Ірина. Порушення законів та звичаїв війни. Вища школа адвокатури НААУ, листопад 2023. Режим доступу: <https://www.hsa.org.ua/blog/porusennia-zakoniv-ta-zvicayiv-viini-pro-osoblivosti-kvalifikaciyi-zlocinu-rozpovila-advokat-irina-gloviuk>
71. Нова архітектура безпекового середовища України: зб. тез. Н 74 Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 23 грудня, 2022 р.). Харків: Юрайт, 2022. 196 с. Режим доступу: <https://elar.navs.edu.ua/server/api/core/bitstreams/2f00d7aa-a458-4e42-ad4c-7c3fe60914d0/content>
72. Щербань Є.В. Конституційно-правові основи імплементації Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України №17 (2018) – С. 48 – 55. Режим доступу: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=vprc_2018_17_9.
73. Хавронюк М. І. Щодо кримінальної відповідальності військовополонених, яких утримує Україна. Режим доступу: <https://ekmair.ukma.edu.ua/server/api/core/bitstreams/ef5c272f-909c-45d0-ba01-705df1c0b1e0/content>
74. Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic: Sentencing Judgement. Appeals Chamber. Case № CVO/P.I.S./679-E. ICTY. 12 June 2002. URL: <https://www.icty.org/en/sid/8095>
75. Prosecutor v. Tadic: Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. Case № IT-94-1-T. ICTY. 2 October 1995. URL: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>
76. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Judgment (2012). – [Електронний ресурс]: <https://www.icc-cpi.int/court-cases/iccspi>
77. Червякова О.В. Відповідальність за воєнні злочини: механізми та процеси відновлення суверенітету та безпеки України. Режим доступу: <http://forumprava.pp.ua/files/001-162-2020-2-FP.pdf#page=150>

78. Верховний Суд. Під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни важливим є встановлення контекстуального аспекту. Липень 2022. Режим доступу: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/press-centr/news/1291154>

79. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Prosecutor v. Kunarac et al., Judgment, Appeals Chamber, Case No. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, 12 June 2002. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>

80. ЄСПЛ, Kononov v. Latvia, Grand Chamber, Judgment of 17 May 2010, Application No. 36376/04. – Текст рішення англійською мовою [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-98669%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-98669%22]})

81. Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини. USAID, Global Right Compliance. Режим доступу:

<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>

82. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права 2689 від 27.12.2019. Режим доступу: <https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/112>

83. Проект Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України 7290 від 15.04.2022. Режим доступу: <https://itd.rada.gov.ua/billinfo/Bills/Card/39449>

84. Zahynei-Zabolotenko Z. A., Kvasha O. O., Chapliuk O. I. Verdicts in criminal proceedings on violation of laws and customs (article 438 of the Criminal Code of Ukraine): Some peculiarities of technical and legal design. Juridical scientific and electronic journal. 2023. No. 6. P. 461–464. URL: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2023-6/107>

85. Stolitnii A. V. Improving the procedure for accounting for crimes related to violations of the laws and customs of war. *Analytical and Comparative Jurisprudence*. 2025. No. 1. P. 758–765. URL: <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2025.01.126>