

РОЗДІЛ 11.

ЗЛОЧИНИ ПРОТИ МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ

11.1. Система і загальна характеристика злочинів проти міжнародного правопорядку

Відповідну систему становлять визначені у Книзі одинадцятій Проекту КК злочини:

- геноциду (Розділ 11.1);
- проти людяності (Розділ 11.2);
- агресії (Розділ 11.3);
- воєнні (Розділ 11.4);
- проти міжнародної безпеки (Розділ 11.5).

Акцентуємо на тому, що з початком широкомасштабної війни кількість облікованих порушень законів та звичаїв війни (ст. 438 КК) неймовірно зросла (порівняно з 2021 роком – більше ніж у 300 разів) і, згідно зі статистичними даними Офісу Генерального прокурора¹, становила у 2022 році 16,6%, а в 2023 році – 12,8% усіх облікованих кримінальних правопорушень. Водночас відповідних кримінальних правопорушень, за якими провадження направлено до суду, відносно дуже мало – в 2022 році лише 47, або 0,04%, а в 2023 році – 37, або 0,02% від усіх кримінальних правопорушень, за якими провадження направлено до суду. Тобто, цей вид злочинів реально досить часто вчиняється і в міру можливостей розслідується.

Інших кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку обліковано набагато менше (наприклад, за ст. 437 у 2022 році – 67, в 2023 році – 25), а за статтями 439, 440, 443–446 не обліковано жодного.

Книга одинадцята Проекту КК – одна із найбільш компактних – вона містить лише 24 статті. Проте, деякі з них досить великі за обсягом (наприклад, ст. 11.4.2 містить 26 пунктів). Ця Книга з досить умовною назвою включає п'ять розділів. З них перші чотири присвячені злочину геноциду, злочинам проти людяності, злочину

¹ Статистичні дані Офісу Генерального прокурора. URL: <https://new.gp.gov.ua/ua/posts/statistika>

агресії та воєнним злочинам (далі – найбільш тяжкі міжнародні злочини, як про них зазначено в Римському статуті МКС), а п'ятий – злочинам проти міжнародної безпеки.

Утім основна специфіка Книги одинадцятої полягає не в її обсязі чи структурі. Головне – зміст, яким статті цієї Книги відрізняються від статей інших книг Особливої частини КК. Згідно з міжнародним гуманітарним правом і національним законодавством України, відповідні злочини мають специфічні характеристики, а в разі вчинення таких злочинів настають особливі правові наслідки, зокрема для осіб, які їх вчинили. Так:

- на відміну від осіб, які вчинили, наприклад, злочини проти основ національної безпеки України й в міжнародній практиці вважаються політичними злочинцями, особи, які вчинили найбільш тяжкі міжнародні злочини, прирівнюються до терористів і, безумовно, не визнаються політичними злочинцями та за необхідності підлягають екстрадиції, а Інтерпол та Європол сприяють в розшуку таких осіб і збиранню доказів їхньої злочинної діяльності; таким особам не надається політичний притулок і статус біженця. Наразі Україна є учасницею Європейської конвенції про видачу правопорушників від 13 грудня 1957 р., Конвенції про правову допомогу й правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 22 січня 1993 року і Протоколу до неї від 28 березня 1997 року. А 18 жовтня 2022 року Україна також приєдналась до Конвенції про екстрадицію від 26 грудня 1933 року, що дозволить екстрадувати в Україну воєнних злочинців, які будуть переховуватися у будь-якій з держав Північної чи Південної Америки – учасниць Конвенції;
- комбатанти (їх поняття визначене у IV Гаазькій конвенції щодо законів і звичаїв сухопутної війни 1907 року, у Женевських конвенціях 1949 року та протоколах I і II до них) несуть кримінальну відповідальність тільки за воєнні злочини й злочини проти людяності та не можуть нести її за діяння, які охоплюються визначеними формами цих двох видів злочинів (наприклад, за вбивство, спричинення шкоди здоров'ю людини, незаконне позбавлення волі, зґвалтування, розбій, знищення чужого майна). Проте це не виключає можливості притягнення комбатантів до кримінальної відповідальності за діяння, що виходять за межі тих чи інших складів воєнних злочинів і злочинів проти людяності (за крадіжку, наругу над могилою або над державними символами України тощо);
- визначення всіх понять, які є релевантними щодо найбільш тяжких міжнародних злочинів, містяться в міжнародних договорах

або в рішеннях міжнародних судів (наприклад, ст. 6, частини 1, 2 і 3 ст. 7, ч. 2 ст. 8, ч. 3 ст. 30 Римського статуту МКС). Саме тому Робоча група відмовилась від їх дублювання у Проекті КК. Лише у Розділі 11.5 є визначення термінів конфлікт, найманець, представник держави й представник іноземної держави;

- згідно з практикою міжнародних судів (вона відображена у ст. 8bis Римського статуту МКС), відповідальність за планування, підготовку, розв'язування та ведення агресивної війни можуть нести виключно особи, які фактично здійснюють керівництво політичними чи військовими діями держави або контроль за ними. Питання щодо позбавлення їх імунітету має вирішуватися у Міжнародному кримінальному суді чи спеціальному трибуналі з відповідними механізмами подолання імунітету. Ці особи мають нести відповідальність за всі акти збройної агресії (вторгнення, бомбардування, блокада портів тощо);
- на відміну від переважної більшості інших злочинів, у разі вчинення найбільш тяжких міжнародних злочинів відсутні строки давності притягнення до кримінальної відповідальності та винесення вироку суду (Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства 1968 року);
- найбільш тяжкі міжнародні злочини караються як відповідно до національного законодавства держав, так і відповідно до Римського статуту МКС – значно більш суворо, ніж переважна більшість інших злочинів;
- на відміну від багатьох інших злочинів щодо найбільш тяжких міжнародних злочинів, згідно зі ст. 297-1 КПК, може здійснюватися спеціальне досудове розслідування;
- найбільш тяжкі міжнародні злочини може розглядати МКС, а розслідувати – прокурори цього суду;
- виключно у разі вчинення найбільш тяжких міжнародних злочинів можуть створюватися міжнародні трибунали *ad hoc*; розслідування таких злочинів може здійснюватися спільними слідчими групами (ст. 571 КПК);
- вчинення найбільш тяжких міжнародних злочинів, на відміну від інших злочинів, тягне за собою міжнародну відповідальність держав (зокрема у виді репарацій).

З огляду на усе зазначене, важливо точно відмежовувати найбільш тяжкі міжнародні злочини від інших (загальнокримінальних і воєнних) злочинів і, якщо вчинене діяння повністю охоплюється статтями КК, які передбачають відповідальність за такі злочини, то застосування традиційних для кримінального права правил подолання конкуренції загальної та спеціальної норм (абз. 3 п. 12

постанови Пленуму Верховного Суду України від 4 червня 2010 року №7) не повинно мати місця: будь-які норми про інші злочини не мають пріоритету перед нормами про найбільш тяжкі міжнародні злочини. Адже в правовій системі України міжнародне право превалює над національним. Водночас принцип *non bis in idem* (ст. 61 Конституції України) не дозволяє одночасно кваліфікувати одне і те саме діяння за двома статтями КК. Наприклад, положення ч. 4 ст. 152 КК не повинні переважати ч. 1 ст. 438 КК на тій підставі, що перша вказує на малолітній вік зґвалтованої особи. Санкції ж під час кваліфікації значення не мають – їхня непропорційність може свідчити лише про недбалість законодавця. Цю ваду чинного КК у Проекті КК усунуто – зґвалтування чи будь-яке інше сексуальне насильство визначене у статтях 11.2.2 і 11.4.2 як злочин 7 ступеня, який карається строковим ув'язненням від 10 до 13 років.

Порівняння Книги одинадцятої Проекту КК з Розділом XX чинного КК демонструє, що Робоча група:

- 1) зберегла, хоча і в значно зміненому виді, положення статей 436, 437–442, 445–447 чинного КК;
- 2) не зберегла статті 436-1, 436-2, 443 і 444 чинного КК – відповідні положення перенесено в інші книги Проекту КК, які передбачають кримінальні правопорушення проти публічного порядку, проти національної безпеки України, проти життя, здоров'я, особистої свободи та гідності людини;
- 3) доповнила Книгу кількома новими статтями, які передбачають склади злочинів проти людяності й воєнних злочинів, а також насильницького зникнення й незаконного вилучення дитини.

11.2. Вимоги міжнародних актів щодо визначення найбільш тяжких міжнародних злочинів

Під час початкової фази війни (2014–2021 роки) Українська держава, на жаль, не спромоглася й не хотіла займатися імплементацією міжнародного гуманітарного права у кримінальне законодавство України. Хоча Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (2014), у ст. 8 передбачає обов'язок України ратифікувати Римський статут МКС. Україна ратифікувала цю Угоду з такою заявою: «Зобов'язання України, які випливають із статті 8 Угоди щодо ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду 1998 року, будуть виконані після внесення відповідних змін до Конституції

України». Конституційні зміни від 2 червня 2016 року уможливили визнання юрисдикції МКС на умовах, визначених Римським статутом (ч. 6 ст. 124 Конституції). Це поставило крапку у дискусії стосовно конституційності цього питання, яке було одним з аргументів проти ратифікації Римського статуту МКС.

У 2019 році ініціатива розробки і власне розробка проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» належали громадським, міжнародним організаціям та українським науковцям (безпосередній виконавці визначені у довідці про авторський колектив¹). 27 грудня 2019 року проєкт Закону був зареєстрований у Верховній Раді за №2689 народними депутатами України – представниками різних парламентських фракцій і груп, 7 вересня 2020 року Закон було прийнято за основу, 20 травня 2021 року – в цілому і 7 червня направлено на підпис Президенту України. Але прийнятий Закон так і залишився не підписаним.

Перебуває без руху в парламенті від дня його реєстрації 15 квітня 2022 року і відповідний урядовий проєкт Закону №7290 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України». Цей проєкт є «близнюком» Закону від 20 травня 2021 року і відрізняється від нього лише конверсійною «новелою» щодо кримінальної відповідальності за бездіяльність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників (ст. 442-2), якою була замінена ст. 31-1 «Кримінальна відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників». Решта 200 абзаців тексту практично не змінились. А тому вкрай складно повірити офіційним словам², ніби закон від 20 травня 2021 року не був підписаний Президентом через його недосконалість, і замість нього зареєстровано більш фундаментальний законопроект №7290.

8 вересня 2022 року Європейський Союз у чергове закликав Україну³ якнайшвидше виконати зобов'язання в рамках Угоди про асоціацію щодо ратифікації Римського статуту, – «щоб повною мірою користуватися правами повного членства у Міжнародному

¹ URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804

² URL: <https://babel.ua/texts/85863-yakiys-skazheniy-debil-mozhe-prokinutisya-z-teritorialnimi-prenenzyami-priyti-z-armiyeyu-i-za-ce-yomu-nichogo-ne-bude-zastupnik-golovi-ofisu-prezidenta-andriy-smirnov-pro-viynu-tribunal-i-sankciji-sh>

³ URL: <https://sud.ua/uk/news/publication/248603-yes-zaklikav-ukrayinu-terminovoratifikuvati-rimskiy-statut-mizhnarodnogo-kriminalnogo-sudu>

кримінальному суді». В деяких так званих «безпекових угодах», які підписував Президент України у 2024 році, також підкреслювалася потреба ратифікації Римського статуту.

Таким чином, правових причин уникнення ратифікації не існувало – суто політичні, до того ж, малозрозумілі. У публічній площині називались¹ такі «аргументи», як недоречність і несвоєчасність. Частково їх можна пояснити тим, що Римський статут визначає як воєнні злочини не лише дії, які протягом двох з половиною років систематично вчиняють тільки російські військові (умисне вбивство військовополоненого, напади на цивільне населення, розграбування населених пунктів, взяття заручників, незаконна депортація, застосування отруйних газів тощо), а й певну нестриманість у відповідь (наприклад, заяви, що пощади не буде).

Нарешті, 15 серпня 2024 року Президент України подав до парламенту законопроект № 0285 про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду (МКС) та шістьох поправок до нього, а також законопроект № 11484 про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього.

Римський статут визначає статус Суду, злочини, що підпадають під його юрисдикцію, прийнятність і застосовне Судом право, загальні принципи кримінального права, склад Суду та управління його справами, порядок розслідування, кримінального переслідування і розгляду справ Судом, види покарань і порядок їх виконання, порядок оскарження і перегляду рішень Суду, порядок міжнародного співробітництва, статус Асамблеї держав-учасниць тощо.

Поправки до Римського статуту, які пропонується ратифікувати, включають:

- поправки до ст. 8 Статуту, що визначають види воєнних злочинів, пов'язані з умисним застосуванням: голодомору цивільного населення; лазерної зброї, призначеної для завдання постійної сліпоты органам зору людини; зброї, основна дія якої полягає в заподіянні ушкоджень осколками, які не виявляються в тілі людини за допомогою рентгенівських променів; зброї, яка використовує мікробіологічні чи інші біологічні агенти або токсини;

- статті 8bis «Злочин агресії», 15bis «Здійснення юрисдикції щодо злочину агресії (передача ситуації державою, *proprio motu*)»

¹ URL: <https://babel.ua/texts/85863-yakiys-skazheniy-debil-mozhe-prokinutisya-z-teritorialnimi-pretenziyami-priyti-z-armiyeyu-i-za-ce-yomu-nichogo-ne-bude-zastupnik-golovi-ofisu-prezidenta-andriy-smirnov-pro-viynu-tribunal-i-sankciji-sh>

і 15^{ter} «Здійснення юрисдикції щодо злочину агресії (передача ситуації Радою Безпеки)». Згідно зі ст. 15^{bis}, зокрема, стосовно держави, яка не є учасницею Римського статуту, Суд не здійснює своєї юрисдикції щодо злочину агресії, вчиненого громадянами цієї держави. Саме тому процес створення спеціального трибуналу щодо злочину агресії Росії проти України розпочала Рада Європи¹, а в липні 2023 року в рамках діяльності агентства Євроюст офіційно запрацював Міжнародний центр з переслідування злочину агресії проти України (ІСПА)².

Чому так важлива ця ратифікація? Причин кілька. Зокрема:

- 1) ратифікація Україною Римського статуту, хоча і не спроможна припинити взагалі вчинення росіянами воєнних та інших злочинів проти міжнародного гуманітарного права, зможе зупинити принаймні тих представників російської влади та військових, хто здатен хоч трохи думати наперед і усвідомлювати ймовірність покарання. Відтак, ратифікація буде сприяти стримуванню зазначених особливо тяжких злочинів;
- 2) ратифікація Римського статуту поєднується з імплементацією його положень у національне кримінальне законодавство. Наразі при кваліфікації відповідних злочинів доводиться одночасно вивчати і враховувати значну кількість актів міжнародного права в їх сукупності. З огляду на те, що чимало положень цих актів суперечать один одному (принаймні термінологічно), досить складно з точністю врахувати їх усі. У перспективі ратифікація Римського статуту спростить це завдання, оскільки у Статуті всі відповідні порушення ретельно систематизовано, уніфіковано і всі важливі терміни визначено;
- 3) Україна стане повноправним членом МКС, що означатиме можливість брати участь у роботі Асамблеї держав-учасниць Римського статуту та подавати кандидатури для обрання прокурорів і суддів Суду;
- 4) імплементація сприятиме більш впевненій діяльності щодо розслідування відповідних злочинів національними органами кримінальної юстиції, які залишаються головними у цьому процесі. Водночас, хоча МКС є додатковим механізмом, його прокурори беруть на себе розслідування частини найтяжчих злочинів російської верхівки і забезпечать максимальну об'єк-

¹ URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0015_EN.html

² URL: <https://www.eurojust.europa.eu/ua/news/history-making-international-centre-prosecution-crime-aggression-against-ukraine-starts-operations-at-eurojust>

тивність розслідування, що важливо в контексті наступної передачі справ до МКС;

- 5) Україна стане ще на крок ближче до ідеалів верховенства права, продемонструє світу свою готовність забезпечувати мир і безпеку у світі правовими способами;
- 6) жертви воєнних злочинів отримають більше шансів на справедливе вирішення справ, на компенсацію і правду.

Звернімо увагу на деякі моменти, пов'язані з початком дії Римського статуту для України.

По-перше, Римський статут пропонується ратифікувати з кількома заявами, необхідність яких визначена самим Статутом.

Перші дві заяви є процедурними. Відповідно ж до більш значимої третьої заяви, *протягом 7 (семи) років після набрання Римським статутом чинності для України вона не визнає юрисдикції МКС щодо злочинів, зазначених у ст. 8 (з урахуванням поправок до цієї статті), коли, ймовірно, злочин було вчинено її громадянами.*

З цієї поправки випливає, що протягом вказаного строку Україна має намір сама здійснювати юрисдикцію щодо громадян України у разі вчинення ними воєнних злочинів, прямо перелічених у ст. 8 Римського статуту, і не передавати їх на розгляд МКС.

У цьому зв'язку слід додати, що згідно зі статтями 9 і 11 Закону «Про міжнародні договори України», п. 2 ст. 125 і п. 2 ст. 126 Римського статуту на підставі підписаного та офіційно оприлюдненого Президентом України закону про ратифікацію Статуту Голова Верховної Ради України повинен буде підписати ратифікаційну грамоту, далі Міністр закордонних справ України засвідчить її своїм підписом і здасть на зберігання Генеральному секретареві ООН. Статут набере чинності для України в перший день місяця, що настане після 60-го дня з дати здачі Україною ратифікаційної грамоти на зберігання зазначеному депозитарію. Відтак, щодо злочинів, зазначених у ст. 8 Римського статуту, вчинених громадянами України, цей Суд не матиме юрисдикції *орієнтовно до 2032 року*. Очевидно, саме для того, щоб вивести з-під дії обов'язків України за ратифікованим Римським статутом іноземців, які проходять військову службу за контрактом у Збройних Силах України, Державній спеціальній службі транспорту, Національній гвардії України, 7 серпня 2024 року Президент вніс на розгляд Верховної Ради проєкт Закону № 11469, який передбачає для таких осіб можливість множинності громадянства (підданства).

Врешті Римський статут (зокрема і ст. 8 – щодо громадян інших держав та осіб без громадянства) і відповідні поправки до нього наберуть чинності для України в перший день місяця, що настане після 60-го дня з дати здачі Україною ратифікаційної грамоти на зберігання Генеральному секретареві ООН. Орієнтовно це може бути початок 2025 року.

По-друге. Ратифікуючи Римський статут, Україна, згідно з п. 3 ст. 12 Римського статуту, також підтверджує визнання юрисдикції МКС щодо злочинів геноциду, проти людяності, воєнних злочинів, починаючи з 21 листопада 2013 року, а щодо злочину агресії – з 17 липня 2018 року (день вступу в дію поправок, прийнятих Асамблеєю держав – учасниць Римського статуту щодо злочину агресії).

Нагадаємо, що Україна підписала Статут ще 20 січня 2000 року, 25 лютого 2014 року Верховна Рада прийняла Заяву № 790-VII до МКС про визнання Україною юрисдикції 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, а 4 лютого 2015 року – Постанову № 790-VII, якою затвердила Заяву щодо визнання Україною юрисдикції МКС стосовно скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій «ДНР» та «ЛНР», починаючи з 20 лютого 2014 року і без кінцевої дати.

Основні положення та вади проєкту Закону № 11484 про внесення змін до КК і КПК у зв'язку з ратифікацією Римського статуту та поправок до нього.

1. Пропонується доповнити КК новою статтею 442-1 «Злочини проти людяності». У ній перелічено форми відповідних діянь, як вони передбачені у ст. 7 «Злочини проти людяності» Римського статуту, а у примітці до цієї статті містяться роз'яснення термінів «напад на цивільне населення», «насильницьке зникнення», «апартеїд», «винищення» і «катування».

При цьому визначення кожного з цих термінів дослівно не збігається з визначенням їх у п. 2 ст. 7 Римського статуту (особливо це стосується визначення катування), а визначень інших термінів, які є в пунктах 2 і 3 ст. 7 Римського статуту («обернення в рабство», «примусова вагітність», «переслідування», «гендерний») чомусь не дано; при цьому каратися згідно з КК мають не примусова вагітність, а примушування до неї, переслідування не за гендерною

ознакою, а за статевою. Усе це може створити складнощі при застосуванні положень нової статті, особливо з урахуванням того, що МКС та інші міжнародні суди вже створили відповідну практику, яку вважають обов'язковою.

2. Водночас у КК не пропонується змінити статті 437 «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни», 438 «Порушення законів та звичаїв війни», 442 «Геноцид» і замінити їх статтями з назвами «Злочин агресії», «Воєнні злочини», «Геноцид», які викласти текстуально так, як ці злочини сформульовані, відповідно, у статтях 8bis, 8 і 6 Римського статуту.

Це означає, що злочини агресії і геноциду згідно з Римським статутом будуть мати одне формулювання, а згідно з КК – дещо інше. Крім того, чіткого переліку воєнних злочинів, як і зараз, у КК не існуватиме. Тож для того, щоби з'ясувати, чи є те або інше діяння воєнним злочином, треба буде звертатися як до Римського статуту та протоколів до нього, так і до двох десятків інших міжнародних договорів, а також до судової практики МКС і спеціальних трибуналів *ad hoc*.

Зазначене буде суттєво ускладнювати правову кваліфікацію відповідних злочинів та їх розслідування і судовий розгляд.

Крім того, відповідальність за воєнні злочини буде наставати виключно у випадках порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою. Іншими словами, у випадках порушення *звичаїв війни*, не передбачених міжнародними договорами України, відповідальність не наставатиме. А це суперечить вимогам міжнародного гуманітарного права.

Пропонується також доповнити Розділ VI КК «Співучасть у кримінальному правопорушенні» новою статтею 31-1 «Кримінальна відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників».

Текстуально ст. 31-1 не повністю узгоджується з положеннями Римського статуту. У ній згадано про ст. 439 КК «Застосування зброї масового знищення», але у ст. 28 Статуту (згідно з її офіційним перекладом¹) не йдеться про випадки застосування зброї масового знищення.

У ст. 31-1 йдеться про невжиття командиром тощо «необхідних і розумних заходів» (а не «дій, які повинен був і міг вжити»).

¹ URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/44724>

Нарешті, у цій статті йдеться про ситуації, коли командир «знав чи повинен був знати», що відповідні сили вчиняли чи мали намір вчинити відповідні злочини, або, як в тексті англійською – «knew or owing to the circumstances at the time should have known», тобто «знав чи в силу обставин на той час повинен був знати» (але ж не – «достовірно знав або проігнорував таку інформацію», як у проєкті закону).

Але головна вада ст. 31-1 в іншому.

Стаття 26 КК «Поняття співучасті» визначає, що співучастю є умисна *спільна участь* декількох суб'єктів кримінального правопорушення у вчиненні *умисного* кримінального правопорушення.

Але дії військового командира чи іншого начальника не можуть бути співучастю, оскільки він не бере участь у вчиненні *одного* і того ж умисного кримінального правопорушення. У ст. 31-1 йдеться про різні злочини та про різні форми вини, тобто про причетність до кримінального правопорушення. Враховуючи зазначене і те, що підставою кримінальної відповідальності є вчинення конкретного діяння, передбаченого у КК як злочин, необхідно було б визначити відповідальність військових командирів та інших начальників як злочин *sui generis* – єдиний у своєму роді і такий, що має власні ознаки складу. Саме так зробила Робоча група у статтях 11.4.6 і 11.4.7 Проєкту КК.

* * *

Що ж стосується того, що було покладено, у свою чергу, в основу зазначеного вище Закону від 20 травня 2021 року і законопроєкту №7290, то, за не ратифікованого Римського статуту, їх автори вимушені були враховувати одночасно значну кількість інших актів міжнародного права в їх сукупності. З огляду на те, що деякі положення цих актів, прийняті в різний час і за суттєво різних умов міжнародного життя, суперечать один одному (принаймні термінологічно), досить складно з точністю врахувати їх всі. Ратифікація Римського статуту та точна імплементація його положень у КК України надзвичайно спростили би завдання, оскільки у цьому Статуті всі відповідні порушення (і не тільки ті, що є воєнними злочинами) систематизовані.

Але наразі маємо все ж враховувати десятки актів. Це:

щодо захисту жертв війни:

- ✓ Женевська конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 року (ЖК I);

- ✓ Женевська конвенція про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, що зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 року (ЖК II);
- ✓ Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року (ЖК III);
- ✓ Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 року (ЖК IV);
- ✓ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 року (ДП I);
- ✓ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів не-міжнародного характеру, від 8 червня 1977 року (ДП II);
- ✓ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми, від 8 грудня 2005 року (ДП III);
- ✓ Конвенція про права дитини, Нью-Йорк, 20 листопада 1989 р.;
- ✓ Факультативний протокол до Конвенції про права дитини, що стосується участі дітей у збройному конфлікті, Нью-Йорк, 25 травня 2000 р.;
- ✓ Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження й покарання, 10 грудня 1984 року;

щодо захисту культурних цінностей:

- ✓ Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, 14 травня 1954 р.;
- ✓ Перший протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, 14 травня 1954 р.;
- ✓ Другий протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, 26 травня 1999 р.;

щодо захисту навколишнього середовища:

- ✓ Конвенція про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на навколишнє середовище, 10 грудня 1976 р.;

щодо обмеження використання засобів ведення війни:

- ✓ Женевський протокол про заборону використання на війні задушливих, отруйних чи інших подібних газів і бактеріологічних засобів, 17 червня 1925 р.;
- ✓ Конвенція про заборону розробки, виробництва й накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) й токсичної зброї та про їх знищення, 10 квітня 1972 р.;

- ✓ Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що наносять надмірні пошкодження або мають невибіркову дію, 10 жовтня 1980 року (КВЗЗ), з поправкою до неї від 21 грудня 2001 р.;
- ✓ Протокол про осколки, які не визначаються, 10 жовтня 1980 року (Протокол I до КВЗЗ);
- ✓ Протокол про заборону або обмеження застосування мін, мін-пасток та інших пристроїв, 10 жовтня 1980 р., з поправками, внесеними 3 травня 1996 року (Протокол II до КВЗЗ);
- ✓ Протокол про заборону або обмеження використання запальної зброї, 10 жовтня 1980 року (Протокол III до КВЗЗ);
- ✓ Протокол про засліплюючу лазерну зброю, 13 жовтня 1995 року (Протокол IV до КВЗЗ);
- ✓ Протокол про вибухонебезпечні пережитки війни, 28 листопада 2003 року (Протокол V до КВЗЗ);
- ✓ Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення і застосування хімічної зброї та про її знищення, 13 січня 1993 р.;
- ✓ Оттавська конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їх знищення, 18 вересня 1997 р.;
- ✓ Конвенція про касетні боеприпаси, 30 травня 2008 р.;

щодо індивідуальної кримінальної відповідальності за порушення МГП:

- ✓ Римський статут МКС, 17 липня 1998 року Лише у ньому є відповідне положення – стаття 28 «Відповідальність командирів та інших начальників»;
- ✓ Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства, 26 листопада 1968 р.

Згоду на обов'язковість цих актів надано Верховною Радою України чи Президією Верховної Ради України або щодо них Україна підтвердила свої зобов'язання за міжнародними договорами, укладеними Українською РСР до проголошення незалежності України, або за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки.

Гаазькі конвенції 1907 року не можуть вважатися чинними для України, оскільки Україна у встановленому порядку не визнала себе правонаступницею за цими міжнародними договорами, ратифікованими ще до появи СРСР; частина положень цих конвенцій замінена відповідними положеннями інших, новіших міжнародних договорів, а решта їх положень морально застаріла.

Існують ще шість міжнародних договорів (Конвенція про заборону розробки, виробництва і накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсинної зброї та про їх знищення, Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що наносять надмірні пошкодження або мають невивіркову дію, Протокол про осколки, які не визначаються (Протокол I), Протокол про заборону або обмеження використання запалювальної зброї (Протокол III), Перший і Другий протоколи до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту), які можуть стати обов'язковими для України після їх опублікування українською мовою в офіційних друкованих виданнях України.

Нарешті, слід згадати про необхідність врахування під час кваліфікації найбільш тяжких міжнародних злочинів вимог Елементів злочинів (затверджені 09.09.2002 року¹) як своєрідних обов'язкових настанов.

11.3. Загальна характеристика найбільш тяжких міжнародних злочинів

У загаданих вище Законі від 20 травня 2021 року й законопроекті №7290 йдеться про увідповіднення, насамперед, але не тільки:

- 1) положень щодо геноциду – зі ст. II Конвенції про запобігання геноциду і покарання за нього та ст. 6 Римського статуту МКС (умовний стандарт);
- 2) положень щодо злочинів проти людяності – зі ст. 7(1) Римського статуту МКС (умовний стандарт) з урахуванням визначення понять у ст. 7(2–3);
- 3) положень щодо злочину агресії – зі ст. 8bis Римського статуту МКС (умовний стандарт). В останні десятиліття поняття агресії в міжнародному праві розширилося й не зводиться лише до агресивної війни;
- 4) положень щодо воєнних злочинів – зі ст. 8 Римського статуту МКС (умовний стандарт), статей про серйозні порушення Женевських конвенцій та Додаткових протоколів до них тощо.

Зважаючи на все зазначене вище, Робоча група не може йти якимось іншим шляхом, крім того, який вже втворюваний Законом від 20 травня 2021 року і законопроектом №7290.

Автори Проекту КК під час його підготовки виходять із того, що альтернативи ратифікації Римського статуту МКС та повній і

¹ URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf>

точній імplementації його положень в національне законодавство України не існує. Відповідні статті розділів 11.2–11.4 Проекту КК мають відповідати принципам сумлінного виконання міжнародних зобов'язань, юридичної визначеності та пропорційності.

Проте, існують і певні відмінності.

По-перше, у Розділах 11.1–11.4 Проекту КК сформульовані склади злочинів, які прямо не передбачені Римським статутом МКС. Йдеться, зокрема, про публічні заклики до злочину геноциду або його виправдовування чи заперечення (ст. 11.1.2) і пропаганду акту агресії (ст. 11.3.3). Це злочини 7 базового ступеня.

По-друге, у Проекті КК окремо виділені як злочини базового 9 ступеня злочини проти людяності та воєнні злочини, вчинені у формі вбивства. Згідно зі ст. 2.5.7 шкода міжнародному правопорядку внаслідок злочинів геноциду, агресії, а також вчинених у формі вбивства злочинів проти людяності й воєнних злочинів, є винятково тяжкою шкодою, а згідно з п. 10 ч. 2 ст. 3.2.8 Проекту КК, лише ці злочини караються строковим ув'язненням від 16 до 30 років або довічним ув'язненням (за будь-які інші злочини 9 ступеня строкове ув'язнення не може перевищувати 20 років).

По-третє, на відміну від Закону від 20 травня 2021 року і законопроекту № 7290, у Проекті КК сформульовані статті 11.4.6 і 11.4.7 щодо невжиття командиром заходів щодо підпорядкованих йому військових сил та невжиття начальником заходів щодо підлеглих. Тобто йдеться про відповідальність за злочин *sui generis*, хоча у ст. 28 Римського статуту МКС йдеться лише про необхідність передбачення такої відповідальності.

По-четверте, у Проекті КК Робоча група намагалася уникати сумнівної множини. Наприклад, застосовані формулювання не «примушування громадян до участі у воєнних діях проти їхньої країни», а «примушування особи...», спрямування нападів не на «цивільні об'єкти», а на «цивільний об'єкт». Очевидно, що воєнним злочином є здійснений 8 липня 2024 року ракетний удар по дитячій лікарні «Охматдит» і для його інкримінування винним особам не потрібно влучань ракет у кілька таких об'єктів.

Найбільш тяжкі міжнародні злочини визначені як злочини 7 або 9 базового ступенів. Покарання у виді строкового ув'язнення від 10 до 30 років або довічного ув'язнення є вельми суворим, тому ознаки, що підвищують тяжкість цих злочинів, не передбачені.

Необхідно також звернути увагу на деякі інші особливості застосування окремих положень Загальної частини щодо найбільш тяжких міжнародних злочинів, крім вже згаданих вище щодо покарання.

Так, щодо цих злочинів діють положення Розділу 2.9 Проекту КК щодо обставин, що виключають протиправність діяння. Проте захист України від збройної агресії не може здійснюватися шляхом вчинення злочину проти людяності, злочину геноциду та воєнного злочину, бойовий імунітет не застосовується в разі вчинення будь-якого з цих злочинів, а явно злочинним є наказ або розпорядження вчинити злочин геноциду, злочин проти людяності чи воєнний злочин.

11.4. Особливості визначення воєнних злочинів

У чинному КК ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни» сформульована таким чином, що у ній відображено лише кілька форм цього діяння, а щодо інших зроблено відсилання до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Тим самим, по-перше, створена невизначеність як щодо інших форм цього діяння, так і щодо власне міжнародних договорів, оскільки не на всі чинні міжнародні договори свою згоду надавала саме Верховна Рада України, по-друге, заперечуються як такі *порушення звичаїв війни*, адже вони можуть бути не передбачені вказаними міжнародними договорами.

Під час відмежування воєнних злочинів від інших слід враховувати чотири основних **розмежувальних ознаки**¹:

- 1) *обставини (контекстуальний елемент)*. Йдеться про вчинення злочину під час міжнародного збройного конфлікту або збройного конфлікту неміжнародного характеру.

В окремих випадках (наприклад, збройний напад на незахищений цивільний об'єкт) такий контекстуальний елемент є очевидним. Але коли йдеться про насильство щодо цивільного населення, то факт вчинення діяння в контексті саме збройного конфлікту потребує аргументації в процесуальних документах.

Діяння слід вважати вчиненим в контексті збройного конфлікту у випадках, коли існування збройного конфлікту значним чином впливало на здатність особи вчинити діяння або на її рішення вчинити його, або на спосіб, у який діяння було вчинення, або на мету, заради якої воно було вчинено. Але серйозне порушення міжнародного гуманітарного права та збройний конфлікт не обов'язково повинні жорстко збігатися темпорально та географічно (наприклад, серйозні порушення міжнародного гуманітарного права

¹ Хавронюк М.І. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни: двадцять запитань та відповідей. 2022. URL: <https://pravo.org.ua/blogs/kryminalna-vidpovidalnist-za-porushennya-zakoniv-ta-zvy chayiv-vijny-dvadtysat-zapytan-ta-vidpovidej/#link1>

можуть мати місце щодо військовополонених і після закінчення міжнародного збройного конфлікту)¹;

- 2) *суб'єкт злочину*. Як правило, ним є комбатант. Наявність цього суб'єкта в більшості випадків говорить про необхідність кваліфікувати діяння як один із воєнних злочинів;
- 3) *потерпілі особи* – це виключно військовополонені, цивільне населення на окупованій території та інші жертви війни, визначені міжнародними договорами (див. ст. 4 Женевської конвенції III, ст. 44 Додаткового протоколу I та ст. 4 Женевської конвенції IV, ст. 50 Додаткового протоколу I);
- 4) *діяння* – ним є тільки «серйозне порушення» законів та звичаїв війни – див. ст. 49 Женевської конвенції I, статті 50, 129, 146 Женевської конвенції IV, статті 11, 85 Додаткового протоколу I або ст. 8(2)(a)-(c), 8(2)(e) Римського статуту Міжнародного кримінального суду.

Класифікацію воєнних злочинів у Проекті КК здійснено, в основному, за критеріями виду порушень законів і звичаїв війни (грубі та інші серйозні порушення) і того, під час якого саме збройного конфлікту (міжнародного чи конфлікту неміжнародного характеру) ці порушення мають місце. Відтак, **система воєнних злочинів** має такий вид:

- грубі порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, пов'язані з вбивством (ст. 11.4.1);
- грубі порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах, не пов'язані з вбивством (ст. 11.4.2);
- інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах, не пов'язані з вбивством (ст. 11.4.3);
- грубі порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року в разі збройного конфлікту неміжнародного характеру, не пов'язані з вбивством (ст. 11.4.4);
- інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в збройних конфліктах неміжнародного характеру, не пов'язані з вбивством (ст. 11.4.5);
- невжиття командиром заходів щодо підпорядкованих йому військових сил (ст. 11.4.6);
- невжиття начальником заходів щодо підлеглих (ст. 11.4.7).

¹ Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред.. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. 10-те вид. К.: ВД «Дакор», 2019. С. 1336.

11.5. Особливості визначення злочинів проти міжнародної безпеки

Визначаючи злочини проти міжнародної безпеки, як і найбільш тяжкі міжнародні злочини, Робоча група також спиралась на міжнародні акти, зазначені нижче.

Система цих злочинів включає:

- 1) злочини, пов'язані із застосуванням зброї масового знищення (ст. 11.5.4) та поводженням з нею (ст. 11.5.5). Визначаючи склади цих злочинів, враховувались: Договір про заборону випробувань ядерної зброї в атмосфері, в космічному просторі та під водою; Договір про нерозповсюдження ядерної зброї; Конвенція про заборону розроблення, виробництва та накопичування бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї та про її знищення; Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення і застосування хімічної зброї та про її знищення; Договір про заборону розміщення на дні морів і океанів та в його надрах ядерної зброї та інших видів зброї масового знищення; Конвенція про ядерну безпеку; Договір про всеосяжну заборону ядерних випробувань;
- 2) екоцид (ст. 11.5.6). Визначаючи склад цього злочину, враховувались: Конвенція про охорону всесвітньої культурної і природної спадщини; Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого застосування засобів впливу на природне середовище; Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію. Важливо визначити склад цього злочину з огляду на численні випадки подій, що впливали на екосистему України у 2022 і наступних роках, зокрема: руйнування гребель і дамб; лісові та інші пожежі, що охопили сотні тисяч гектарів; забруднення, засмічення та ерозія ґрунтів, спричинених вибухами снарядів і просуванням військової техніки; забруднення атмосферного повітря продуктами вибухів; забруднення морів, озер і річок паливно-мастильними матеріалами, залишками затоплених кораблів та озброєнь; мінування ділянок суші та акваторій; масова загибель тисяч дельфінів та інших тварин і риби у морях; руйнування об'єктів і територій природно-заповідного фонду;
- 3) злочини, пов'язані з найманством (статті 11.5.7 і 11.5.8). Визначення найманця містить ст. 47 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I).

Робоча група розширила визначення терміна «конфлікт», щоби охопити терміном «найманець» осіб, які беруть участь не лише у збройному конфлікті, а й у насильницьких діях, спрямованих на зміну чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади в Україні;

- 4) злочини, пов'язані з насильницьким зникненням (статті 11.5.10 і 11.5.11). Враховано положення Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень;
- 5) піратство як злочин проти безпеки міжнародного судноплавства (ст. 11.5.12). Для визначення складу цього злочину враховані положення Конвенції про відкрите море (ст. 15); Конвенції ООН з морського права (ст. 101); Конвенції про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства.

Усі зазначені злочини є злочинами 5 базового ступеня. Якщо їх вчинено у складі простої групи або (крім найманства) з використанням службових повноважень чи професійних обов'язків або пов'язаних із ними можливостей, то їх тяжкість підвищується на один ступінь, а якщо те саме публічною службовою особою, яка займає особливо відповідальне становище, – на два ступеня. Крім того, існують й інші обставини, які підвищують тяжкість деяких з цих злочинів на один чи два ступеня. Так, підвищується: на один ступінь чи два ступеня тяжкість піратства, вчиненого щодо уразливої чи особливо уразливої людини або із застосуванням зброї чи небезпечного предмета; на один ступінь – тяжкість насильницького зникнення, вчиненого щодо людини (чи близької їй людини) у зв'язку з виконанням нею службових повноважень чи професійних обов'язків, реалізацією її суб'єктивного права або виконанням юридичного обов'язку в публічних інтересах.

На два ступеня підвищується тяжкість екоциду, якщо його наслідком стала довгострокова та масштабна шкода довкіллю. Водночас залишається відкритим питання щодо віднесення екоциду до злочинів 7 базового ступеня.