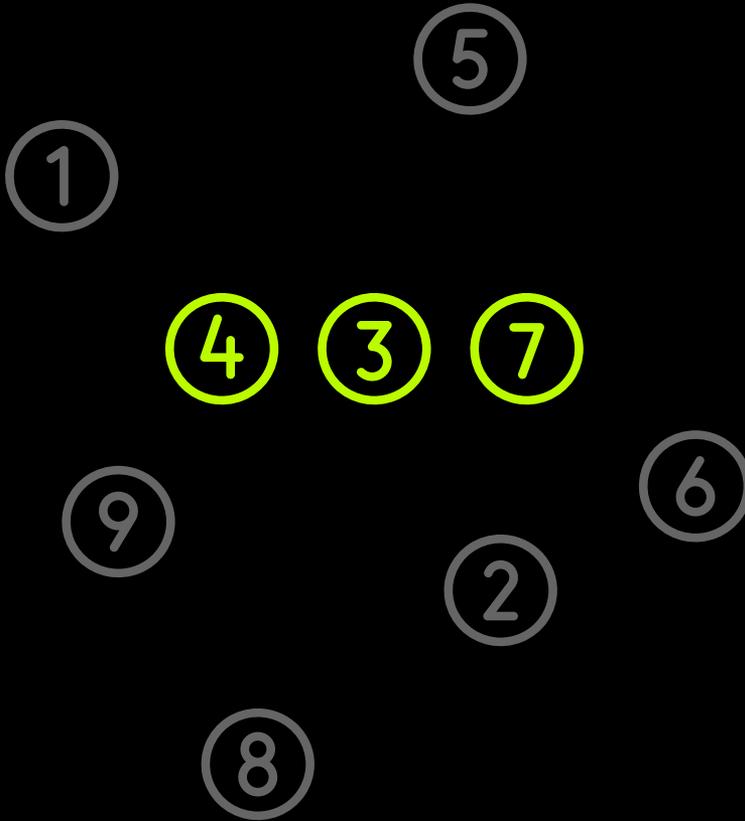


article_



ЮРИДИЧНА АНАЛІТИКА

Джерела інтерпретації статті 438 Кримінального Кодексу України

Цитувати як: Коваль Д. (2024). Джерела інтерпретації статті 438 Кримінального Кодексу України. Truth Hounds, [URL](#)

Джерела інтерпретації статті 438 Кримінального Кодексу України

Автор: Дмитро Коваль к.ю.н.
Укладач: Андрій Лациба

ЮРИДИЧНА АНАЛІТИКА

Невеликі дослідницькі публікації Truth Hounds, що надають короткий огляд обраної проблематики та презентують основні висновки, пропозиції або рекомендації.

TRUTH HOUNDS

Українська громадська організація, яка спеціалізується на документуванні та розслідуванні міжнародних злочинів і серйозних порушень прав людини в Україні та інших постраждалих від конфліктів регіонах Східної Європи, Кавказу та Центральної Азії.

Постановка проблеми

1. Починаючи з 2014 року, попри тривалий збройний конфлікт на території України, ймовірні воєнні злочини або не набували системної кваліфікації, будучи визначеними як загальнокримінальні правопорушення, або розглядалися з відсиланням до статті 438 Кримінального Кодексу України (ККУ) без вказання на конкретне порушення міжнародного гуманітарного права, що охоплюється цією статтею.
2. Із лютого 2022 року масштаб скоєних воєнних злочинів прогресивно збільшився. Таким чином, необхідність вироблення системного та цілісного підходу до тлумачення статті 438 ККУ та формування орієнтовної бази джерел для її інтерпретації лише зростає.
3. Отже, для формування коректного тлумачення статті 438 ККУ та вироблення підходу до роботи з нею важливо здійснити наступні кроки:
 - З'ясувати, що розкриття диспозиції бланкетної статті 438 ККУ можливе лише через звернення до релевантних міжнародних договорів щодо «законів та звичаїв війни», згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України
 - Ідентифікувати такі релевантні міжнародні договори, які було ратифіковано Україною, та які тематично задовольняють вимогу статті 438 ККУ
 - Встановити, які саме порушення цих міжнародних договорів можна вважати кримінально-караними у розумінні статті 438 ККУ
 - Встановити допоміжні джерела для системного тлумачення положень статті, щонайменше практику таких важливих міжнародних судів та трибуналів:
 - Міжнародний трибунал щодо Руанди (МТР)
 - Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне (СССЛ)
 - Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії (МКТЮ)
 - Міжнародний кримінальний суд (МКС)
 - Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ)

Основні джерела та підходи до тлумачення статті 438 ККУ

4. Стаття 438 ККУ встановлює кримінальну відповідальність за «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій».¹
5. Відсилання до міжнародного права означає, що стаття 438 ККУ фіксує склад [воєнного] злочину, який характеризується подвійною протиправністю: він є караним як за національним законодавством, так і за міжнародним правом. Хоча існують альтернативні тлумачення такого відсилання², найбільш виваженим підходом, з урахуванням наявності у статті як загальних, так і спеціальних форм скоєння злочину, буде тлумачення з використанням законодавчого прийому *ejusdem generis*. Відповідно до останнього, «всі [чотири] спеціальні форми злочину за статтею 438 в розумінні законодавця є проявами порушень законів та звичаїв війни», згаданих у п'ятій - загальній формі злочину.³ Це означає, що вживання словосполучення «міжнародним правом» (замість «міжнародними договорами», що є більш вузьким поняттям) в четвертій спеціальній формі злочину саме собою не криміналізує ані порушень міжнародного звичаєвого права, ані договорів з МГП, що не ратифіковані Україною. Таким чином, розкрити зміст диспозиції кримінально-правової норми статті 438 ККУ можливо лише через звернення до релевантних міжнародних договорів, що стосуються «законів та звичаїв війни», «згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».
6. Для коректного тлумачення статті, насамперед необхідно з'ясувати, що законодавець мав на увазі згадуючи «закони та звичаї війни». У міжнародно-правовій літературі першої половини ХХ століття згадане формулювання використовувалося синонімічно з Гаазькими конвенціями 1899 та 1907 років та так званим «правом Гааги». Проте з часом смислове

¹ *Кримінальний кодекс України (ст. 438)*. Офіційний вебпортал парламенту України, [URL](#).

² *Implementation of norms of international humanitarian law at the national level in Ukraine*, (2016). Global Rights Compliance LLP, p. 37

³ Задоя К., (2017). *Кримінальна відповідальність за воєнні злочини, вчинені на території Донбасу*. Кримінальне право, Т. № 33, с. 20

наповнення цього формулювання змінилося і принаймні з 80-х років ХХ століття під законами та звичаями війни почали розуміти ширший спектр договорів із МГП. На сьогодні більшість дослідників і практиків міжнародного права та українського кримінального права⁴ погоджуються із розширеним тлумаченням поняття «закони та звичаї війни», а саме з тим, що вони включають норми як Гаазьких конвенцій, так і міжнародних договорів, прийнятих пізніше.⁵

7. Наступним кроком щодо роз'яснення змісту статті 438 ККУ, враховуючи відсутність у ній переліку тих міжнародних договорів, порушення положень яких повинно кримінально переслідуватися за ККУ, є ідентифікація таких договорів. Принаймні наступні міжнародні договори тематично задовольняють вимогу статті та були ратифіковані Україною⁶:

- a) Гаазька конвенція про закони і звичаї сухопутної війни 1907 р.
- b) Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних та інших газів і рідин та бактеріологічних засобів 1925 р.
- c) Чотири Женевські конвенції 1949 р. та три додаткових протоколи до них 1977 р. і 2005 р.
- d) Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 р., регламент та два протоколи до неї
- e) Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї та про їх знищення 1972 р.
- f) Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого застосування засобів впливу на природне середовище 1976 р.
- g) Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що мають можливість наносити надмірні ушкодження чи мають невиборчу дію 1980 р. з п'ятьма протоколами до неї
- h) Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення 1993 р.

⁴ *Ibid.* С. 20-21

⁵ Така логіка повторює ту, що була застосована Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії (МКТЮ) в його першій справі Прокурор проти Душко Тадича. *Prosecutor v. Duško Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)*, IT-94-1-AR72, ICTY, 2 October 1995, para. 87, [URL](#).

⁶ Окрема дискусія може розгортатися щодо того, коли мають бути прийняті чи ратифіковані міжнародні договори відносно ККУ, щоб їх порушення могло тягти за собою відповідальність за національним кримінальним правом, проте це питання не є актуальним в контексті даної теми.

- i) Конвенція про заборону застосування, складування, виробництва і передачі протипіхотних мін та їх знищення («Оттавська конвенція») 1997 р.
 - j) Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах 2000 р.
 - k) Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень 2006 р.
8. Далі необхідно встановити, які саме порушення перелічених вище міжнародних договорів криміналізуються статтею 438 ККУ. Хоча текст самої статті не відповідає на це питання прямо, але очевидно, що мова не може йти про порушення усіх положень цих договорів. Найперше, тому що всі договори містять норми, які не встановлюють конкретних правил ведення збройного конфлікту чи захисту його жертв (наприклад, норми про визначення понять, визначення цілей договору, положення про правила створення чи діяльності довідкових бюро, товариств допомоги, інших організацій, що допомагають досягненню цілей договорів). Ба більше, ще й тому, що згадані договори містять норми-правила, порушення яких не досягає за своєю суспільною шкідливістю та ступенем тяжкості рівня, необхідного для кваліфікації діяння як злочинного (як, наприклад, норми про виплату заробітної плати військовополоненим або про їхню кореспонденцію).
9. Таким чином, далеко не усі порушення договорів щодо законів та звичаїв війни є кримінально-караними в розумінні статті 438 ККУ. Визначення норм, до яких відсилає стаття, вимагає ідентифікації джерел, які український суд може застосувати для конкретизації кола норм з договорів щодо законів та звичаїв війни, порушення яких може вважатися злочином.
10. Одним із очевидних джерел, що може допомогти встановити перелік норм, порушення яких можуть бути кримінально-караними, є самі міжнародні договори, перелічені вище. Варто окремо відмітити, що стаття 3 ККУ прямо передбачає, що «Закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України». Таким чином, витлумачення норм, що прямо відсилають до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, без комплексного аналізу відповідного міжнародного договору недопустиме. Окремо варто наголосити, що формулювання про згоду Верховної Ради, в контексті статті 3 ККУ (та статті 438 ККУ), слід розуміти з врахуванням положень статей 6 та 7 Закону України «Про правонаступництво України». Тому і стаття 3, і стаття 438 Кримінального кодексу України застосовуються також до договорів щодо законів та звичаїв війни УРСР та СРСР, щодо яких Україна є правонаступницею.

11. Статті 49 Женевської конвенції (ЖК) I, 50 ЖК II, 129 ЖК III, 146 ЖК IV, 86 Додаткового протоколу I, 28 Гаазької конвенції щодо культурних цінностей закликають держави кримінально переслідувати порушників конвенції. Усі згадані міжнародні договори, окрім останнього, вимагають криміналізації лише серйозних порушень (*grave breaches*) МГП. Статті 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV містять перелік діянь, які повинні розглядатися як серйозні порушення відповідних договорів. Цей список виглядає схоже для усіх конвенцій, хоч і містить складні злочинів, специфічні для конкретного об'єкту захисту. Для прикладу, ЖК I серйозними порушеннями конвенції називає:

«умисне вбивство, тортури або нелюдське поводження, зокрема біологічні експерименти, умисне заподіяння тяжких страждань або серйозного тілесного ушкодження й шкоди здоров'ю та широкомасштабне руйнування і привласнення майна, не виправдані воєнною необхідністю й здійснені незаконно та умисно».

12. ЖК IV пропонує наступний каталог таких порушень:

«умисне вбивство, тортури або нелюдське поводження, зокрема біологічні експерименти, які умисно спричиняють великі страждання чи серйозні травми тілу чи здоров'ю, нелегальна депортація чи переведення або нелегальне ув'язнення особи, що перебуває під захистом, примушення особи, що перебуває під захистом, служити в збройних силах ворожої держави, або умисне відбирання в особи, що перебуває під захистом, прав на справедливий і офіційний судовий процес, рекомендований цією Конвенцією, захоплення полонених і широкомасштабне руйнування і привласнення власності, не виправдане воєнною необхідністю і здійснюване незаконним чином і безцільно».

13. Орієнтація на статті 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV для визначення основного переліку складів злочинів має сенс і з точки зору телеологічного та системного способів⁷ тлумачення статті 438 ККУ. Ця стаття ККУ була додана задля виконання міжнародних зобов'язань України, що походять, серед іншого, зі статей 49 ЖК I, 50 ЖК II, 129 ЖК III, 146 ЖК IV, 86 ДП I, та 28 Гаазької конвенції щодо культурних цінностей. Це означає, що одним із намірів законодавця у 2001 мала бути краща, ніж у Кримінальному кодексі УРСР 1960 року, криміналізація серйозних порушень законів та звичаїв війни.

⁷ Під системним тлумаченням розуміють з'ясування змісту норми права через встановлення її юридичних зв'язків з іншими нормами. Телеологічним (цільовим) тлумаченням називають з'ясування змісту норми права через встановлення закладеної у неї мети.

14. Проте, як було зазначено вище, перелік ратифікованих Україною договорів, до яких відсилає стаття 438 ККУ, не обмежується чотирма Женевськими конвенціями 1949 року та Додатковим протоколом I до них. Це означає, що лише прочитання статей 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV недостатньо для складання повного списку складів злочинів, релевантного для тлумачення аналізованої статті ККУ. Окрім того, самі Женевські конвенції допускають та навіть заохочують встановлення на національному рівні покарання (щоправда, не обов'язково кримінального) не лише за серйозні порушення норм Конвенцій.
15. Схожа проблема з визначенням точного переліку воєнних злочинів за існування широкої відсылної статті поставала свого часу і перед Міжнародним кримінальним трибуналом щодо колишньої Югославії (МКТЮ). Так, Трибуналу необхідно було інтерпретувати статтю 3 свого Статуту, що безпосередньо стосується «*порушень законів та звичаїв війни*». Він наголосив на історичній значущості затвердження такого тексту статті, яка вбачалася у бажанні Ради Безпеки ООН покласти кінець усім серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права (МГП) на території колишньої Югославії, а не лише найтяжчим їх формам – '*grave breaches*' Женевських Конвенцій або «права Гааги». Як далі змальовує МКТЮ, стаття 3 Статуту висвітлює всю сутність створення такого спеціального ad-hoc трибуналу та реалізовує його мету – не залишити безкарною жодну особу, що винна у порушеннях МГП, незалежно від контексту вчинення такого порушення та тяжкості його форми.⁸
16. Хоча такі порушення і не мають набувати найтяжчих форм (*grave breaches*), Трибуналу все одно довелося розробити відповідний тест з критеріїв, необхідних для застосування статті 3 Статуту. Іншими словами, йому необхідно було визначитися які діяння визнаються такими, що є порушенням законів та звичаїв війни. МКТЮ визначив наступні критерії: (i) таке порушення має встановити порушення норм міжнародного гуманітарного права; (ii) за своїм статусом ця норма має набути звичаєвою; (iii) за своїм характером таке порушення має бути достатньо «серйозним» (*serious*), тобто таким, що порушує норми, які захищають важливі цінності та мають тяжкі наслідки для жертв від такого порушення та (iv) таке порушення має тягнути за собою індивідуальну кримінальну відповідальність чи то за нормами договірної права, чи то звичаєвого. Надалі Трибунал наголосив на незначущості кваліфікації збройного конфлікту як міжнародного чи неміжнародного характеру, в якому виникли

⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)*, IT-94-1-AR72, ICTY, 2 October 1995, paras. 87-93, [URL](#).

ці серйозні порушення (*serious violations*), якщо було дотримано усіх чотирьох умов тесту проілюстрованих вище.⁹

17. Таким чином, відсилання до «порушень законів і звичаїв війни» в національному законодавстві не обов'язково повинно стосуватися серйозних порушень (*grave breaches*) міжнародного гуманітарного права. Чи, в кожному разі, серйозні порушення законів та звичаїв війни не обов'язково повинні розумітися ідентично¹⁰ до того, як це сформульовано в Женевських конвенціях чи практиці міжнародних кримінальних судів.¹¹ Втім, перелік серйозних порушень законів та звичаїв війни з Женевських конвенцій, а також інших порушень законів та звичаїв війни, що тягнуть за собою міжнародну кримінальну відповідальність за Римським статутом Міжнародного кримінального суду (**МКС**), є однозначно караними за статтею 438 ККУ.

Допоміжні джерела права, що допомагають системно тлумачити положення статті 438 ККУ

18. Так як стаття 438 КК є бланкетною, додаткове з'ясування складових її наповнення може здійснюватися через застосування допоміжних джерел, зокрема практики міжнародних судів. Очевидно, що практика міжнародних судів не згадана в законодавстві (а тим паче в ККУ) як джерело національного права України. Тим не менше, можливість її застосування впливає з принципу дружнього ставлення до міжнародного права¹² (або ж

⁹ *Prosecutor v. Duško Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction)*, IT-94-1-AR72, ICTY, 2 October 1995, paras. 94-95, [URL](#).

¹⁰ В різних юрисдикціях у процесах, що стосувалися воєнних злочинів, суди тлумачили порушення МГП розширено. Переважно це стосувалося визнання того, що будь-які серйозні порушення ЖК можуть вважатися злочинами і у випадку з неміжнародним збройним конфліктом, хоча ЖК стосуються виключно міжнародних: *Arklöf case* в шведському суді, *Nzabonimana and Ndashyikirwa case* в бельгійських судах тощо. Ferdinandusse W., (2009). *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts*. Journal of International Criminal Justice, p. 734. В Україні може бути застосований аналогічний підхід в силу відсутності чіткої межі між міжнародним і неміжнародним збройними конфліктами в Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України.

¹¹ Ferdinandusse W., (2009). *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts*. Journal of International Criminal Justice, p. 734

¹² Для тлумачення принципу див. також статтю судді доповідача у процитованій справі Конституційного суду України. Шевчук С., (2011). *Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України*. Вісник Конституційного Суду України, Т. № 4-5, С. 123, [URL](#).

доктрини дружнього до міжнародного права тлумачення Конституції).¹³ Цей принцип був сформульований у Рішенні Конституційного суду України (КСУ) № 2-рп/2016 яке передбачало, що:

*«Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна, зокрема Європейським судом з прав людини».*¹⁴

19. Рішення № 2-рп/2016 слід розглядати як таке, що встановлює дороговказ до тлумачення міжнародно-правових категорій усіма національними судами.¹⁵ Тобто не лише Конституційний суд, але й суди загальної юрисдикції, задля потрапляння у конституційну рамку, проголошену КСУ, повинні брати участь у *transjudicial communication*,¹⁶ або ж у свого роду "спілкуванні" з визнаними Україною міжнародними судами, для того, щоби витлумачити для себе релевантні категорії міжнародного права з урахуванням їх інтерпретації у світі / в інших юрисдикціях.
20. Рішення № 2-рп/2016 закликає суди використовувати практику міжнародних судів, «юрисдикцію яких визнала Україна». В українському законодавстві відсутнє поняття «визнання юрисдикції міжнародного суду». Тим не менш, юрисдикцію кількох категорій судів Україна так чи інакше визнавала: 1) суди створені на основі конвенцій, що ратифіковані Україною (Європейський суд з прав людини, Міжнародний суд ООН, Міжнародний трибунал з морського права); 2) суди, у створенні чи модифікації статутів

¹³ *Окрема думка судді Лемака В. В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України*, Конституційний Суд України, 26 лютого 2019 року, [URL](#).

¹⁴ *Рішення у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу)*, № 1-1/2016, Конституційний Суд України, 1 червня 2016 року, [URL](#).

¹⁵ Про використання принципу судами загальної юрисдикції непрямо вказує і автор рішення Конституційного суду № 1-1/2016 у своїй статті: Шевчук С., (2012). *Принцип субсидіарності у діяльності Європейського Суду з прав людини та необхідність узгодження судової практики*. Фенікс, С. 83, [URL](#).

¹⁶ Більш детально про цей концепт: Dupré C., (2003). *Importing the Law in Post-Communist Transitions: The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*. Hart Publishing, [URL](#).

яких Україна брала участь (Міжнародний трибунал щодо Руанди (**МТР**),¹⁷ Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне (**СССЛ**);¹⁸ 3) суди, з якими Україна уклала міжнародні договори (**МКТЮ**);¹⁹ 4) міжнародні суди, юрисдикцію яких Україна визнала спеціальною заявою Верховної Ради України, як от Міжнародного Кримінального Суду (**МКС**).²⁰

21. Таким чином, практика таких міжнародних кримінальних судів та трибуналів як МТР, МКТЮ та МКС може бути використана для уточнення складів злочинів за статтею 438 ККУ.
22. Чи не найбільше значення при цьому має практика МКС, як найбільш сучасного суду, діяльність якого заснована на заздалегідь визначених (у Римському статуті та так званих Елементах злочинів)²¹ елементах кожного конкретного складу воєнного злочину. Як відзначала прокурорка МКС у відповіді на апеляцію Боско Нтаганди щодо юрисдикції суду, на відміну від інших статутів міжнародних кримінальних трибуналів, «статут МКС не лише визначає злочини, що знаходяться під його юрисдикцією ... [але] приймаючи більш строгий підхід до принципу легальності, визначає елементи злочинів».²² Стаття 8 Римського статуту пропонує розкладений

¹⁷ Україна, як тимчасовий член Ради Безпеки ООН голосувала за резолюцію Радбезу про внесення змін до статуту МТР: *Unanimously adopting resolution 1329 (2000)*, Security Council decides to establish pool of ad litem judges in former Yugoslavia Tribunal, (2000). Meetings Coverage and Press Releases, [URL](#).

¹⁸ Україна голосувала за створення СССР: *Resolution 1315 (2000) / adopted by the Security Council at its 4186th meeting, on 14 August 2000*, (2000). Naciones Unidas Biblioteca Digital, [URL](#).

¹⁹ Угода між Україною та Організацією Об'єднаних Націй про виконання вироків, винесених Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії. Офіційний вебпортал парламенту України, 16.05.2012, [URL](#).

²⁰ Україна визнала ad hoc юрисдикцію МКС заявами Верховної Ради від 25 лютого 2014 року та від 4 лютого 2015 року: *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*. Офіційний вебпортал парламенту України, 25.02.2014, [URL](#); *Постанова 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" та "ЛНР", які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян»*. Офіційний вебпортал парламенту України, 04.02.2015, [URL](#).

²¹ *Elements of Crimes*, (2011). International Criminal Court (ICC), ISBN No. 92-9227-232-2, [URL](#).

²² *Prosecutor v. Bosco Ntaganda (Corrected version of "Prosecution's Response to Ntaganda's 'Appeal from the Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9'", 17 February 2017)*, ICC-01/04-02/06-1794, ICC, 21 February 2017, para. 42

на різні категорії каталог воєнних злочинів, що, поза всяким сумнівом, вважаються порушеннями законів та звичаїв війни. Римський статут включає як серйозні порушення (*grave breaches*) Женевських конвенцій 1949 року, так і інші порушення ратифікованих Україною міжнародних договорів щодо законів та звичаїв війни. Елементи злочинів, які є джерелом права для МКС, додатково пропонують конкретний перелік складових кожного окремого складу воєнного злочину які, враховуючи позицію Конституційного Суду, можуть бути використані для визначення складу злочину, передбаченого статтею 438.

Практика ЄСПЛ щодо міжнародних злочинів

23. Оскільки стаття 438 ККУ не роз'яснює багато категорій, які в ній вживаються, важливим орієнтиром для з'ясування елементів воєнних злочинів є принцип *nullum crimen sine lege* («немає покарання без закону»). Цей принцип закріплений у статті 58 Конституції України та численних міжнародних договорах, зокрема у статті 7 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод (**ЄКПЛ**). У даному контексті цей принцип важливий тому, що тлумачення термінів та понять за статтею 438 ККУ щодо воєнних злочинів повинно відповідати тому, яке міг би передбачити обвинувачений на момент скоєння діяння. При тлумаченні згаданого принципу повинна враховуватися практика КСУ та Європейського суду з прав людини (**ЄСПЛ**) (як цього вимагає закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»).
24. На сьогодні ЄСПЛ напрацював широкий спектр справ, де тлумачиться стаття 7 ЄКПЛ.
25. В *Jorgić v. Germany* ЄСПЛ вказав, що стаття 7 ЄКПЛ вимагає дві якісні характеристики: доступність та передбачуваність.²³ Далі ЄСПЛ оцінив, чи могло бути передбачуваним тлумачення німецьким судом геноциду як злочину, що не обов'язково посягає на фізичне або біологічне існування групи. Як відомо, більшість рішень міжнародних кримінальних судів на сьогодні тлумачать геноцид як злочин, що вимагає умислу, направленого на фізичне або біологічне знищення групи. Втім, німецький суд, застосовуючи національне право, визначив, що достатньо, щоб умисел був спрямований на знищення групи як соціальної одиниці. ЄСПЛ, для оцінки передбачуваності такого кроку німецького суду, поставив питання, чи міг

²³ *Case of Jorgić v. Germany*, No. 74613/01, ECtHR, 12 October 2007, para 100

обвинувачений Йоргіч, після отримання юридичної консультації, вважати таке розширене тлумачення національного суду можливим.²⁴ Ствердну відповідь на це питання ЄСПЛ виводить зі значної кількості доктринальних праць, які підтримують розширене тлумачення умислу при скоєнні злочину геноциду. Більше того, ЄСПЛ послався на кілька рішень МКТЮ, які обирали схожий до німецького — розширений — підхід до тлумачення злочину геноциду.²⁵ Усе це разом дозволило зробити висновок про те, що Йоргіч міг передбачити характер рішення, яке йому виніс німецький суд. Тому в даній справі ЄСПЛ не встановив порушення статті 7.

26. У справі *Kononov v. Latvia* ЄСПЛ розглядав питання передбачуваності кримінального закону дещо в іншому контексті. Йшлося про застосування новітнього кримінального кодексу Латвії до діянь, що мали місце у 1944 році — у час, коли національному законодавству не були відомі поняття воєнного злочину чи порушення законів та звичаїв війни. Як і в попередньому випадку, ЄСПЛ не знайшов порушення статті 7 ЄКПЛ у частині передбачуваності судового рішення. На думку Суду, навіть звичайний солдат не міг не усвідомлювати певних обмежень у правилах ведення війни.²⁶ Так, розстріл цивільного населення є очевидним порушенням МГП. На момент скоєння злочину такі діяння кваліфікувалися у міжнародному праві як порушення. Суд не залишив без уваги й командну посаду Кононова в армії. ЄСПЛ розважив, що висока позиція Кононова у військовій ієрархії лише посилює його здатність передбачити наслідки можливих протиправних діянь у вигляді кримінального переслідування за порушення МГП.²⁷
27. Отже, в умовах недостатньої визначеності національного кримінального закону з питань міжнародних злочинів, ЄСПЛ у своїх рішеннях спирався на ключову складову [не]можливості особи передбачити кримінально караний характер своїх діянь на момент їх вчинення. Для цього Суд аналізував положення міжнародних договорів відповідного періоду, практику міжнародних кримінальних судів, доктрину й авторитетні коментарі МГП.
28. Враховуючи логіку ЄСПЛ, при застосуванні статті 438 ККУ необхідно аналогічно виважено ставитися до з'ясування конкретних елементів кожного воєнного злочину безпосередньо. Такий перелік елементів повинен знаходити підтримку у міжнародних договорах, практиці

²⁴ *Ibid.*, para. 110

²⁵ *Ibid.*, paras. 111-112

²⁶ *Case of Kononov v. Latvia*, No. 36376/04, ECtHR, 17 May 2010, para. 236

²⁷ *Ibid.*, para. 238

міжнародних судів та авторитетних коментарях міжнародних договорів із МГП, а отже бути передбачуваним та прогнозованим для потенційного порушника законів та звичаїв війни на момент вчинення ним/нею протиправного діяння.

Застосування визначення [воєнних] злочинів, окреслених Римським статутом Міжнародного кримінального суду

29. Попри існування широкого спектру джерел, які мають використовуватися для тлумачення статті 438 ККУ, непересічним залишається питання використання Римського Статуту як джерела інтерпретації цієї статті. Це пов'язано перед усім з тим, що Римський статут пропонує зручний каталог воєнних злочинів, а додані до нього Елементи злочинів описують елементи кожного окремого воєнного злочину. Відомо, що Україна підписала Римський статут **(РС)** ще в січні 2000 року, і все ще не ратифікувала його.²⁸ Утім, навіть саме підписання РС здатне накладати на Україну юридичні зобов'язання, передбачені Віденською конвенцією про право міжнародних договорів.²⁹ Відповідно до статті 18 Віденської конвенції, держава-підписант міжнародного договору зобов'язана добросовісно утримуватися від дій, які за своєю сутністю «позбавили б договір його об'єкта й мети» ('which would defeat the object and purpose of a treaty').³⁰ Отже, самим підписанням Римського статуту держава висловлює намір дотримуватися положень договору й висловлює свій намір ратифікувати договір в майбутньому (якщо держава не стверджує про протилежне, як-от у випадку Сполучених Штатів Америки та Ізраїлю).³¹ Підписання цього статуту також підтверджує прийняття та засвідчення автентичності його тексту державою.³² Таке твердження є співзвучним із рішенням Міжнародного Суду ООН у консультативному висновку щодо Застережень до Конвенції про запобігання злочину геноциду. Так, Суд вказав, що підписання міжнародного договору є першим кроком до участі в ньому та встановлює певний «тимчасовий статус на користь цієї держави підписанта»

²⁸ Kersten M., (2022). *After all this time, why has Ukraine not ratified the Rome Statute of the International Criminal Court*. Justice in Conflict, [URL](#).

²⁹ *Vienna Convention on the Law of Treaties*. United Nations, 23 May 1969, vol. 1155, p. 331

³⁰ *Ibid.*; Article 18

³¹ Klamberg M., (2017). *Commentary on the Law of the International Criminal Court*. TOAEP, pp. 752-753

³² *Ibid.*

("establishes a provisional status in favour of that State").³³ У світлі зобов'язань, що накладаються на держав-підписантів договору статтею 18 Віденської конвенції, та об'єкта й мети Римського статуту, що ретранслюється з його Преамбули та підготовчих робіт (*travaux préparatoire*), розумно припустити, що такі зобов'язання, серед іншого, можуть полягати й в утриманні держав-підписантів від власної інтерпретації злочинів, зокрема воєнних, яка б термінологічно та сутнісно відрізнялась від тієї, що пропонується Римським статутом. Загальні правила інтерпретації договору, передбачені статтею 31 Віденської конвенції, пропагують добросовісне тлумачення договорів відповідно до звичайного визначення термінів договору ('ordinary meaning') в їхньому контексті та з огляду на об'єкт і мету договору. Отже, можливо припускати, що навіть безпосередній акт підписання Україною Римського статуту дві декади тому накладає на неї зобов'язання щодо, серед іншого й щонайменше, утримання від власної, відмінної від РС, інтерпретації [воєнних] злочинів та дозволяє посилатися на Статут при інтерпретації статті 438 Кримінального Кодексу України принаймні в частині міжнародних злочинів.

Висновки

30. Отже, проблематика тлумачення тексту статті 438 Кримінального Кодексу України та визначення релевантних джерел для цього лише набуває особливої актуальності у світлі безперервного скоєння ймовірних злочинів на території України. Так, бланкетна диспозиція статті відсилає нас до міжнародних договорів щодо «законів та звичаїв війни», згода на обов'язковість яких була надана Верховною Радою України. За неможливості виокремити такі релевантні міжнародні договори з тексту самої норми пропонується звертатися до таких міжнародних договорів, що тематично задовольняють вимогу проаналізованої статті ККУ. Надалі якісне тлумачення потребує безпосереднього виокремлення тих положень договорів, які можуть вважатися кримінально-караними у світлі статті 438 ККУ (які за рівнем суспільної шкідливості та ступенем тяжкості досягають необхідного рівня для кваліфікації діяння як злочинного) та визначення й звернення до допоміжних джерел тлумачення, як-от практика міжнародних судів та трибуналів (МКС, МКТЮ, СССЛ, МТР, ЄСПЛ). Наостанок, при тлумаченні норми пропонується також звертатися й посилатися на Римський статут, щодо якого Україна є державою-підписантом, беручи на себе зобов'язання, продиктовані статтею 18 Віденської конвенції про право міжнародних договорів. Серед таких зобов'язань, зокрема, може

³³ *Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. ICJ, (1951), p. 17

вважатися утримання від дій, які б позбавили договір його об'єкта й мети, як-от від конструювання власної дефініції [воєнних] злочинів, відмінної від запропонованої Римським статутом.