



## ЛЕКЦІЯ 10

# Порушення МГП та воєнні злочини у світлі статті 438 ККУ

## ЗМІСТ

- a. Серйозні порушення МГП
- b. Сутність формулювання «закони та звичаї війни»
- c. Форми скоєння воєнного злочину
- d. Види воєнних злочинів
- e. Використання живих щитів
- f. Застосовне для інтерпретації право
- g. Національна юрисдикція в порівнянні з іноземними та міжнародною

## а. Серйозні порушення МГП

Будь-які порушення МГП заслуговують на попередження, засудження та ретельне вивчення. Утім, далеко не всі з них можуть вважатися достатньо серйозними, щоби породжувати кримінальну відповідальність.<sup>1</sup> 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 їхньої кореспонденції).

Не всі, але значна частина міжнародних договорів з МГП містять положення, які закликають держави вживати заходів кримінального впливу на осіб, що порушують МГП. Статті 49 ЖК I, 50 ЖК II, 129 ЖК III, 146 ЖК IV, 86 Додаткового протоколу I, 28 Гаазької конвенції щодо культурних цінностей, стаття 56 ГК IV закликають держави кримінально/судово переслідувати порушників або припиняти порушення цих міжнародних договорів. Усі згадані міжнародні договори, окрім двох останніх, 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. Ці списки подібні для всіх конвенцій, хоч і містять склади злочинів, специфічні для конкретного об'єкта 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».

ЖК IV пропонує свій каталог таких порушень:

«умисне вбивство, тортури або нелюдяне поводження, зокрема біологічні експерименти, які умисно спричинять великі страждання чи

---

<sup>1</sup> Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Page 23. (date of access: 31.07.2024)

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».

ДП I визнає як серйозні всі ті порушення, що згадані й у ЖК, а також доповнює їх переліком, що розміщений у статті 85 та 11. У першій зі згаданих статей порушеннями названо такі дії, коли вони вчиняються навмисне на порушення положень ДП I і «є причиною смерті або серйозного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю»<sup>2</sup>:

«а) перетворення цивільного населення або окремих цивільних осіб на об'єкт нападу;

б) вчинення нападу невибіркового характеру, що торкається цивільного населення або цивільних об'єктів, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам...;

с) вчинення нападу на установки або споруди, що містять небезпечні сили, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам...;

д) перетворення необоронних місцевостей і нейтральних зон на об'єкт нападу;

е) вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у воєнних діях;

ф) віроломне використання на порушення статті 37 розпізнавальної емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця, або інших захисних знаків, визнаних Конвенціями [ЖК] і цим Протоколом [ДП I]».

---

<sup>2</sup> Верховна Рада України, Додатковий протокол до Женевських конвенцій 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), 8.06.1977 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text) (дата звернення: 25.07.2024 р.)

А також навмисне й на порушення ДП I:

«а) переміщення окупаючою державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах цієї території чи за її межі на порушення статті 49 Четвертої конвенції [ЖК IV];

б) невиправдана затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб;

с) застосування практики апартеїду інших негуманних і принижуючих дій, заснованих на расовій дискримінації, які зневажають гідність особи;

д) перетворення ясно розпізнаних історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культу, які є культурною або духовною спадщиною народів і яким спеціальною угодою, укладеною, наприклад, у рамках компетентної організації, надається особливий захист на об'єкт нападу, внаслідок чого вони зазнають великих руйнувань, коли немає свідчень про порушення супротивною стороною пункту b статті 53 [ДП I], і коли такі історичні пам'ятки, твори мистецтва та місця відправлення культу не розміщені поблизу воєнних об'єктів;

е) позбавлення особи, яка користується захистом Конвенцій [ЖК] або захистом, згаданим у пункті 2 цієї статті, права на неупереджене й нормальне судочинство».

Стаття 11 містить додатковий каталог серйозних порушень проти осіб, що перебувають під владою сторони конфлікту (поранені та хворі, військовополонені, цивільне населення), вказуючи, що:

«забороняється піддавати осіб, зазначених у цій статті, жодній медичній процедурі, яка не вимагається за станом здоров'я зазначеної особи й не відповідає загальноприйнятим медичним нормам, що застосовуються за аналогічних, з медичної точки зору, обставин до громадян сторони, що проводить цю процедуру, які не позбавлені свободи в якій би то не було формі».

Зокрема, попри можливу згоду осіб, що перебувають під владою сторони в конфлікті, забороняється піддавати їх:

- «а) фізичним каліцтвам;
- б) медичним чи науковим експериментам;
- с) видаленню тканин чи органів для пересадки».

Хоч міжнародні договори з МГП пропонують досить розширений список серйозних порушень МГП, кримінальна відповідальність за порушення може настати не лише у випадках скоєння перерахованих вище дій. Так, працюючи з визначенням переліку воєнних злочинів, за які мав юрисдикцію переслідувати Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (МТКЮ), останній мусив інтерпретувати статтю 3 свого Статуту, що стосувалася «порушень законів та звичаїв війни»<sup>3</sup>. МТКЮ наголосив на історичній значущості затвердження тексту статті з відкритим списком порушень. У цьому вбачалося бажання Ради Безпеки ООН покласти кінець усім серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права (МГП) на території колишньої Югославії, а не лише найтяжчим їх формам – *grave breaches* ЖК або «права Гааги». Як далі змальовує МТКЮ, стаття 3 Статуту висвітлює всю сутність створення такого спеціального *ad hoc* трибуналу та реалізовує його мету – не залишити безкарною жодну особу, яка винна в порушеннях МГП, незалежно від контексту вчинення такого порушення та тяжкості його форми.<sup>4</sup>

Хоча такі порушення й не мають набувати найтяжчих форм (*grave breaches*), Трибуналу все одно довелося розробити відповідний тест із критеріїв, необхідних для застосування статті 3 Статуту. Іншими словами, йому необхідно було визначитися, які діяння визнаються такими, що є порушенням законів і звичаїв війни. МТКЮ визначив такі критерії:

- таке порушення має становити порушення норм міжнародного гуманітарного права;
- за своїм статусом ця норма має бути звичаєвою;
- 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;

---

<sup>3</sup> Устав Міжнародного трибуналу по бывшій Югославії, Багатостороння угода, 22.02.1993 р.  
URL: [https://jps.ligazakon.net/document/view/MU93375?an=287&ed=1993\\_02\\_22](https://jps.ligazakon.net/document/view/MU93375?an=287&ed=1993_02_22) (дата звернення: 25.07.2024 р.)

<sup>4</sup> International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Dusko Tadić, IT-94-1, [Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction](#), 2 October 1995, paras. 94-95. (date of access: 29.07.2024)

- таке порушення має тягти за собою індивідуальну кримінальну відповідальність за нормами чи то договірного права, чи звичаєвого.

Надалі Трибунал наголосив на незначущості кваліфікації збройного конфлікту як міжнародного чи неміжнародного характеру, у якому виникли ці серйозні порушення (*serious violations*), якщо було дотримано усіх чотирьох умов тесту, проілюстрованих вище.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement), IT-94-1-A, 15.07.1999, Hague, Netherlands, Paras. 94-95. (date of access: 29.07.2024)

## **В. Сутність формулювання «закони та звичаї війни»**

Криміналізація порушень МГП часом здійснюється через відсилання до «законів та звичаїв війни». Така ситуація існує, наприклад, зі статтею 438 українського Кримінального кодексу<sup>6</sup> чи Статутом МТКЮ. У міжнародно-правовій літературі першої половини ХХ століття згадане формулювання використовувалося синонімічно з Гаазькими конвенціями 1899 та 1907 років і так званим «правом Гааги». Проте з часом смислове 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 права<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Схожа позиція підкреслюється й у листі США до МКЧХ у відповідь на розробку останнім Зводу звичаєвого МГП, де США загалом воліють називати галузь міжнародного права про обмеження засобів і методів збройних конфліктів та захист жертв їхніх жертв «правом війни» чи «законами та звичаями війни» замість МГП.<sup>9</sup> У цьому своєму бажанні США беззаперечно розглядають термін «закони та звичаї війни» як такий, що покриває найрізноманітніші договори з МГП.

Принаймні наведені нижче міжнародні договори тематично є частиною МГП/законів і звичаїв війни та були ратифіковані Україною:

- Гаазька конвенція про закони й звичаї сухопутної війни 1907 р. (ГК IV);
- Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних та інших газів і рідин та бактеріологічних засобів 1925 р.;
- Чотири Женевські конвенції 1949 р. та три додаткових протоколи до них 1977 р. і 2005 р.;
- Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 р., регламент і два протоколи до неї;

---

<sup>6</sup> Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Pages 54–57. (date of access: 31.07.2024)

<sup>7</sup> Ibid., Pages. 20–21.

<sup>8</sup> Така логіка повторює ту, що була застосована Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії (МКТЮ) в його першій справі “Прокурор проти Душко Тадича”. Див. International Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Prosecutor v. Dusko Tadic (Appeal Judgement), IT-94-1-A, 15.07.1999, Hague, Netherlands, Para. 87. (date of access: 29.07.2024)

<sup>9</sup> 103. Initial response of U.S. to ICRC study on Customary International Humanitarian Law with Illustrative Comments 03.11. 2006, U.S. Department of State. URL: <https://2009-2017.state.gov/s//2006/98860.htm> (date of access: 01.08.2024)

- Конвенція про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсичної зброї та про їх знищення 1972 р.;
- Конвенція про заборону військового чи будь-якого іншого ворожого застосування засобів впливу на природне середовище 1976 р.;
- 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;
- Конвенція про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення 1993 р.;
- Конвенція про заборону застосування, складування, виробництва і передачі протипіхотних мін та їх знищення («Оттавська конвенція») 1997 р.;
- Факультативний протокол до Конвенції про права дитини щодо участі дітей у збройних конфліктах 2000 р.;
- Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень 2006 р.

## с. **Форми скоєння воєнного злочину**

Ключовим джерелом криміналізації воєнних злочинів в Україні є стаття 438 ККУ, що 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».

Формулювання статті дає змогу виокремити спеціальні та універсальну форми скоєння злочину.<sup>10</sup> До першої групи належать: 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. Універсальна ж форма представлена формулюванням «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами». Спеціальні форми побудовані на спадщині Статуту Нюрнберзького трибуналу<sup>11</sup> попри існування на момент укладання Кодексу більш сучасних джерел міжнародного кримінального права (Статут МТКЮ, Статут МТР, Статут МКС). Походження формулювань статті зумовлюють те, що навіть спеціальні форми скоєння воєнного злочину в статті 438 не дуже співвідносяться з чинним МГП. Це означає, що спеціальні форми не вказують на конкретні сучасні склади злочинів, і їх потрібно додатково уточнювати вказівкою на них. Наприклад, спеціальну форму у вигляді жорстокого поводження з військовополоненими можна уточнити таким чином: катування військовополоненого.

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.

---

<sup>10</sup> Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Pages. 80-81. (date of access: 31.07.2024)

<sup>11</sup> Устав Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси, 08.08.1945 р. (дата звернення: 31.07.2024 р.)

Хоча існують й альтернативні прочитання такого відсилання,<sup>12</sup> найбільш виваженим його тлумаченням, враховуючи присутність у статті як універсальних форм скоєння злочину, так і спеціальних, буде тлумачення з точки зору законодавчого прийняття *eiusdem 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.<sup>13</sup> Це означає, що вживання словосполучення «міжнародним правом» (замість «міжнародними договорами», що є вужчим поняттям) 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, які стосуються «законів та звичаїв війни», «згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

---

<sup>12</sup> Імплементация норм міжнародного гуманітарного права на національному рівні в Україні, Global Rights Compliance LLP, 2016, С. 37.

<sup>13</sup> Костянтин Задоя, Кримінальна відповідальність за воєнні злочини, вчинені на території Донбасу, Кримінальне право, 2017 р., С. 20.

## **d. Види воєнних злочинів**

Каталоги видів міжнародних злочинів містяться в кількох джерелах міжнародного права: статутах міжнародних чи гібридних кримінальних судів, міжнародних договорах з МГП, що містять чіткі переліки діянь, які вважаються злочинними або вартими державного переслідування.

Українська стаття Кримінального кодексу про воєнні злочини, стаття 438 ККУ, не пропонує вичерпного чи бодай сучасного відкритого списку воєнних злочинів. Текст самої статті не відповідає прямо на питання про те, які саме порушення МГП нею криміналізуються за допомогою формули «інші порушення законів та звичаїв війни», але, як це впливає з попередніх розділів, мова не може йти про порушення всіх положень міжнародних договорів з МГП.

Очевидним джерелом, що містить перелік норм, порушення яких можуть бути кримінально-караними (а отже, і видів воєнних злочинів), є самі міжнародні договори, де містяться заклики щодо криміналізації чи переслідування конкретних їх порушень. Як згадувалося в попередніх розділах, такими статтями є, зокрема, статті 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV, 11 та 75 ДП I.

Ці самі статті є орієнтиром і для визначення видів воєнних злочинів у контексті 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 (де було криміналізоване лише найманство), криміналізація серйозних порушень законів і звичаїв війни.

Проте перелік ратифікованих Україною договорів, до яких відсилає стаття 438 ККУ, не обмежується чотирма ЖК 1949 року та ДП I. 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 статті 438 ККУ. Окрім того, самі Женевські конвенції допускають і навіть заохочують встановлення на національному рівні покарання (щоправда, не обов'язково кримінального) не лише за серйозні порушення норм конвенцій (наприклад, статтею 145 ЖК IV).

Таким чином, відсилання до «порушень законів і звичаїв війни» в національному законодавстві не обов'язково має стосуватися серйозних порушень (*grave breaches*) міжнародного гуманітарного права. Чи, у кожному разі, серйозні порушення законів та звичаїв війни не обов'язково повинні розумітися ідентично<sup>14</sup> до того, як це сформульовано в ЖК чи практиці міжнародних кримінальних судів.<sup>15</sup> Утім, 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 МКС, є однозначно караними за статтею 438 ККУ.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> У 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.

Див., напр., Ward Ferdinandusse, *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 4, pp. 723-741, 15.12.2009, Page 734. (date of access: 31.07.2024)

В Україні може бути застосований аналогічний підхід через відсутність чіткої межі між міжнародним і неміжнародним збройними конфліктами в Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України.

<sup>15</sup> Див., напр., Ward Ferdinandusse, *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Issue 4, pp. 723-741, 15.12.2009, Page 734. (date of access: 31.07.2024)

<sup>16</sup> Див. *Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law*, Pages. 82-84. (date of access: 31.07.2024)

## е. Застосовне для інтерпретації право

Оскільки стаття 438 ККУ є бланкетною, додаткове з'ясування складників 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. З усім тим, можливість її застосування впливає з принципу дружнього ставлення до міжнародного права<sup>17</sup> (або ж доктрини дружнього до міжнародного права тлумачення Конституції).<sup>18</sup> Цей принцип був сформульований у Рішенні Конституційного суду України (КСУ) № 2-рп/2016 і передбачив, 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».<sup>19</sup>

Рішення № 2-рп/2016 слід розглядати як таке, що встановлює дороговказ до тлумачення міжнародно-правових категорій усіма національними судами.<sup>20</sup> Тобто не лише Конституційний суд, а й суди загальної юрисдикції задля потрапляння в конституційну рамку, проголошену КСУ, повинні брати участь у *transjudicial communication*,<sup>21</sup> або ж у свого роду «спілкуванні» з визнаними

---

<sup>17</sup> Див. Для тлумачення принципу статтю судді доповідача у процитованій справі Конституційного суду України. Станіслав Шевчук. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. Вісник Конституційного Суду України, 2011, № 4-5, С. 122-130, С. 123.  
URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vksu\\_2011\\_4-5-17](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vksu_2011_4-5-17) (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>18</sup> Конституційний суд України. 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.  
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd01d710-19#Text> (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>19</sup> Конституційний суд України. 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 недеєздатних осіб до психіатричного закладу) рішення № 2-рп/2016 у справі № 1-1/2016, 1.06.2016 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text> (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>20</sup> Про використання принципу судами загальної юрисдикції непрямо вказує і автор рішення Конституційного суду № 1-1/2016 у своїй статті: Станіслав Шевчук. Принцип субсидіарності у діяльності Європейського Суду з прав людини та необхідність узгодження судової практики в Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини, с. 82-89. С. 83.  
URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9624/Shevchuk%2082-89.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>21</sup> Див. напр., більш детально про цей концепт: Catherine Dupre, Importing the Law in Post-Communist Transitions: The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity.

Україною міжнародними судами для того, щоби витлумачити для себе релевантні категорії міжнародного права з урахуванням їх інтерпретації у світі / в інших юрисдикціях.<sup>22</sup>

Рішення № 2-рп/2016 закликає суди використовувати практику міжнародних судів, «юрисдикцію яких визнала Україна». В українському законодавстві відсутнє поняття «визнання юрисдикції міжнародного суду». Однак, 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 яких Україна брала участь (Міжнародний трибунал щодо Руанди (**МТР**),<sup>23</sup> Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне (**СССЛ**);<sup>24</sup> 3) суди, з якими Україна уклала міжнародні договори (**МТКЮ**);<sup>25</sup> 4) міжнародні суди, юрисдикцію яких Україна визнала спеціальною заявою Верховної Ради України, як от Міжнародного кримінального суду (**МКС**).<sup>26</sup> Утім, у серпні 2024 року Верховна Рада України ухвалила закон «Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього», який набере чинності після прийняття законодавства щодо внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України.<sup>27</sup>

---

URL: [https://books.google.com.ua/books?id=htihZJs6EVcC&dq=transjudicial+communication&source=gbs\\_navlinks\\_s](https://books.google.com.ua/books?id=htihZJs6EVcC&dq=transjudicial+communication&source=gbs_navlinks_s) (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>22</sup> Див. Benchbook on the Adjudication of International Crimes under Ukrainian Domestic Law, Page 583. (date of access: 31.07.2024)

<sup>23</sup> Unanimously adopting resolution 1329 (2000), The Security Council decides to establish pool of ad litem judges in former Yugoslavia Tribunal, SC/6967, 30.11.2000, Meetings Coverage and Press Releases, United Nations.

URL: <https://www.un.org/press/en/2000/20001130.sc6967.doc.htm> (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>24</sup> Resolution 1315 (2000) / adopted by the Security Council at its 4186th meeting, 14.08.2000, Naciones Unidas, Biblioteca Digital. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/420605?ln=es&v=pdf> (date of access: 31.07.2024)

<sup>25</sup> Верховна Рада України, Угода між Україною та Організацією Об'єднаних Націй про виконання вироків, вивнесених Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії, № 4703-VI, 16.05.2012 р.

URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_k51#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_k51#Text) (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>26</sup> Верховна Рада України, Заява 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, №790-VII, 25.02.2014 р.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/790-18#Text> (дата звернення: 31.07.2024)

Верховна Рада України, 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", №145-VIII, 04.02.2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19#Text> (дата звернення: 31.07.2024)

<sup>27</sup> Верховна Рада України, Закон України «Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього», № 3909-IX, 21.08.2024, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3909-20#Text> (дата звернення: 26.09.2024)

Таким чином, практика таких міжнародних кримінальних судів та трибуналів, як МТР, МТКЮ та МКС може бути використана для уточнення складів злочинів за статтею 438 ККУ.

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)<sup>28</sup> 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... [а] приймаючи більш строгий підхід до принципу легальності, визначає елементи злочинів».<sup>29</sup> Стаття 8 Римського статуту пропонує розкладений на різні категорії каталог воєнних злочинів, що, поза сумнівом, вважаються порушеннями законів і звичаїв війни. Римський статут включає як серйозні порушення (*grave breaches*) Женевських конвенцій 1949 року, так й 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.

---

<sup>28</sup> Elements of Crimes, International Criminal Court (ICC), ISBN No. 92-9227-232-2, 2011.

URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf> (date of access: 31.07.2024)

<sup>29</sup> 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, 21.02.2017, Para 42. (date of access: 31.07.2024)

## **f. Національна юрисдикція у порівнянні з іноземними та міжнародною**

Більшість справ щодо воєнних злочинів, скоєних у державах з чинною й достатньо дієвою системою правосуддя, розглядаються на національному рівні в цій державі. Утім, частина цих злочинів може розслідуватися в іноземній юрисдикції (через принцип універсальної юрисдикції чи інші екстратериторіальні принципи), або ж у міжнародному кримінальному суді.

Міжнародні кримінальні суди можуть мати конкурентну юрисдикцію з національними судами (як у випадку з МТКЮ, де Трибунал мав можливість самостійно вирішувати, які справи він хотів би розглянути, навіть якщо відповідні процеси починалися в конкретній державі, або як, імовірно, буде в пропонуваному Трибуналі щодо агресії в Україні), або ж компліментарну (як у МКС, який доповнює національну юрисдикцію лиш тоді, коли держави не можуть або не хочуть розслідувати відповідні злочини).

Іноземні ж юрисдикції можуть включатися в розслідування воєнних злочинів в іншій державі, коли в їхнє національне законодавство (чи через внутрішній акт, чи за рахунок ратифікації міжнародного договору, що передбачає подібне) вмонтовано принцип універсальної юрисдикції (або коли в них є інші екстратериторіальні можливості робити це: через громадянство суб'єкта злочину чи потерпілого, через захисний принцип).

Принцип універсальної юрисдикції є одним із юрисдикційних принципів, за яким визначається можливість певної держави здійснювати розслідування та кримінальне переслідування винних у скоєнні окремих видів злочинів (найчастіше вони разом позначаються як міжнародні злочини, злочини *sui generis* або універсальні злочини). Цей принцип є останнім, який держави застосовуватимуть для встановлення можливості поширення власної юрисдикції на розслідування злочину. У цьому сенсі принцип універсальної юрисдикції застосовується лише тоді, коли неможливим є застосування територіального принципу, принципів активної та пасивної персональності та захисного принципу.

Сутність принципу універсальної юрисдикції полягає в тому, що держави можуть переслідувати винних у скоєнні окремих видів злочинів незалежно від того, де й ким відповідний злочин був скоєний, а також незалежно від громадянства чи місця проживання жертв таких злочинів.

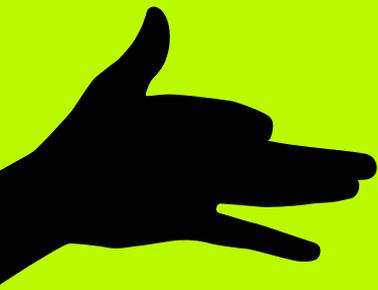
Матеріальною підставою застосування принципу універсальної юрисдикції є національне законодавство відповідної країни, що визначає, які саме злочини та за яких умов можуть переслідуватися державою на основі цього принципу. Утім, окремі зобов'язання щодо імплементації принципу універсальної юрисдикції в національне законодавство містяться й у міжнародних договорах (наприклад, у статті 5 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, параграфу 2 статей 49/50/129/146 чотирьох ЖК 1949 року, статті 85 ДП I, статті 7 Конвенції про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів тощо).

Найчастіше національне законодавство допускає застосування принципу універсальної юрисдикції щодо 4 видів злочинів: геноцид, злочини проти людяності, воєнні злочини та тортури. Щодо останнього виду злочину, то він може бути як різновидом злочинів проти людяності та воєнних злочинів, так і самостійним складом (у цьому випадку його кваліфікація не залежить від контексту існування широкомасштабних чи систематичних нападів на цивільне населення та збройного конфлікту). У національному законодавстві можуть зустрічатися й формули, що дозволяють застосування цього принципу й щодо інших злочинів. Наприклад, у Конституції Аргентини йдеться про можливість переслідування за [будь-які] злочини проти міжнародного права, норвезький кримінальний закон дозволяє переслідування в тих випадках, коли міжнародні договори з іншими державами дозволяють або зобов'язують Норвегію так чинити, в іспанському законі щодо судочинства на додачу до перерахованих вище злочинів згадані також піратство, тероризм, підробка іноземної валюти, контрабанда токсичних чи наркотичних препаратів тощо.

Український кримінальний кодекс також уможливорює розгляд справ за принципом універсальної юрисдикції, хоча відповідна практика в Україні відсутня. Так, стаття 8 ККУ прямо дозволяє переслідування в Україні за універсальні злочини, щодо яких існують міжнародні договори:

«Іноземці або особи без громадянства, що не проживають постійно в Україні, які вчинили кримінальні правопорушення за її межами, підлягають в Україні відповідальності за цим Кодексом у випадках, передбачених міжнародними договорами або якщо вони вчинили передбачені цим Кодексом тяжкі або особливо тяжкі злочини проти прав і свобод громадян України або інтересів України».

Як вже було зазначено, принаймні названі нижче статті договорів, ратифікованих Україною, у зв'язці зі статтею 8 дозволяють кримінальне переслідування іноземців, що вчиняли злочини за межами України: параграф 2 статей 49, 50, 129, 146 чотирьох ЖК 1949 року, статті 85 ДП І, стаття 16 Другого Протоколу до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року.



Виконайте практичне завдання  
до лекції

[ПЕРЕГЛЯНУТИ ПЗ](#)

**Курс з міжнародного гуманітарного та кримінального права** створений з метою підвищення рівня знань українських суддів у цих сферах та покращення якості правосуддя у справах про війнні злочини.

Курс створений ГО «Трус Хаундс»