

ЛЕКЦІЯ 10.

**ПОРУШЕННЯ МГП ТА ВОЄННІ
ЗЛОЧИНИ У СВІТЛІ СТАТТІ 438 ККУ**

ЗМІСТ

1. Серйозні порушення МГП
2. Сутність формулювання «закони та звичаї війни»
3. Форми скоєння воєнного злочину
4. Види воєнних злочинів
5. Застосовне для інтерпретації право
6. Національна юрисдикція у порівнянні з іноземними та міжнародною

СЕРЙОЗНІ ПОРУШЕННЯ МГП

ЧИ БУДЬ-ЯКЕ ПОРУШЕННЯ МГП – КАРАНЕ?

Відповідь – ні. Це пов'язано з тим, що не всі договірні норми встановлюють правила ведення збройного конфлікту чи захисту його жертв (наприклад, норми про визначення понять тощо).

Також існують деякі норми, порушення яких не досягає за своєю суспільною шкідливістю та ступенем тяжкості рівня, необхідного для кваліфікації діяння як злочинного (наприклад, норми про виплату заробітної плати військовополоненим або їхньої кореспонденції).

ЗАХОДИ КРИМІНАЛЬНОГО ВПЛИВУ ЩОДО ПОРУШЕННЯ 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, Другий протокол до ГК 1954
року



заклик держави
кримінально/судово переслідувати
порушників або припиняти
порушення цих міжнародних
договорів

Статті 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147
ЖК IV



містить перелік діянь, які слід
розглядати як серйозні порушення
відповідних договорів

ЩО ТАКЕ СЕРЙОЗНІ ПОРУШЕННЯ В РОЗУМІННІ МГП (GRAVE BREACHES)?

Ст. 147 ЖК IV пропонує каталог таких порушень:

« умисне вбивство, тортури або нелюдяне поводження, зокрема біологічні експерименти, які умисно спричинять 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 ».

**ВИЗНАЧЕННЯ СЕРЙОЗНИХ ПОРУШЕНЬ МГП
(GRAVE BREACHES)**

ДП І визнає як серйозні всі ті порушення, що згадані й у ЖК, а також доповнює їх переліком, який міститься в статтях 85 та 11.



TRUTH HOUNDS

На доповнення до серйозних порушень, визначених у статті 11, такі дії розглядаються як серйозні порушення цього Протоколу, коли вони вчиняються навмисне на порушення відповідних положень цього Протоколу і **є причиною смерті або серйозного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:**

- перетворення цивільного населення або окремих цивільних осіб на об'єкт нападу;
- перетворення не оборонних місцевостей і нейтральних зон на об'єкт нападу;
- вчинення нападу невідбиркового 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;

- вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у воєнних діях;
- 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;
- 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].

Серйозним порушенням ДП I також визнаються дії на навмисне порушення Конвенцій або ДП I, зокрема:

- переміщення державою, що здійснює окупацію, частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території в межах цієї території чи за її межі на порушення статті 49 ЖК IV;
- невиправдана затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб;
- застосування практики апартеїду інших негуманних і принизливих дій, заснованих на расовій дискримінації, які зневажають гідність особи.



- 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 військових об'єктів;
- позбавлення особи, яка користується захистом ЖК або захистом, згаданим у пункті 2 цієї статті, права на неупереджене й нормальне судочинство.

Стаття 11 ДП I 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:

- фізичним каліцтвам;
- медичним чи науковим експериментам;
- видаленню тканин/органів для пересадки.

Однак кримінальна відповідальність за порушення може настати не лише в разі випадках скоєння перерахованих діянь.

МТКЮ інтерпретував ст. 3 Статуту, що стосувалася «порушень законів та звичаїв війни».

- Міжнародний трибунал наголосив на історичній значущості тексту статті з відкритим списком порушень.
- Рада Безпеки ООН бажала покласти кінець усім серйозним порушенням МГП на території Югославії, а не лише найтяжчим їх формам.

NB: ст. 3 Статуту висвітлює всю сутність створення такого спеціального ad hoc трибуналу та реалізовує його мету – не залишити безкарною жодну особу, що винна в порушеннях МГП, **незалежно від контексту вчинення такого порушення та тяжкості його форми.**

ТЕСТ МТКЮ ДЛЯ ЗАСТОСУВАННЯ СТ. 3 СТАТУТУ

Трибуналу необхідно було визначитися, які діяння визнаються такими, що є порушенням законів і звичаїв війни:

- діяння має становити порушення норм МГП;
- норма має набути звичаєвого характеру;
- діяння має порушувати норми, які захищають важливі цінності та мають тяжкі наслідки для його жертв;
- діяння має тягнути за собою індивідуальну кримінальну відповідальність.

**ІНТЕРПРЕТАЦІЯ
ФОРМУЛЮВАННЯ
«ЗАКОНИ ТА ЗВИЧАЇ
ВІЙНИ» У СВІТЛІ
СТ. 438 КК**

Криміналізація порушень МГП часом здійснюється через відсилання до «законів і звичаїв війни».

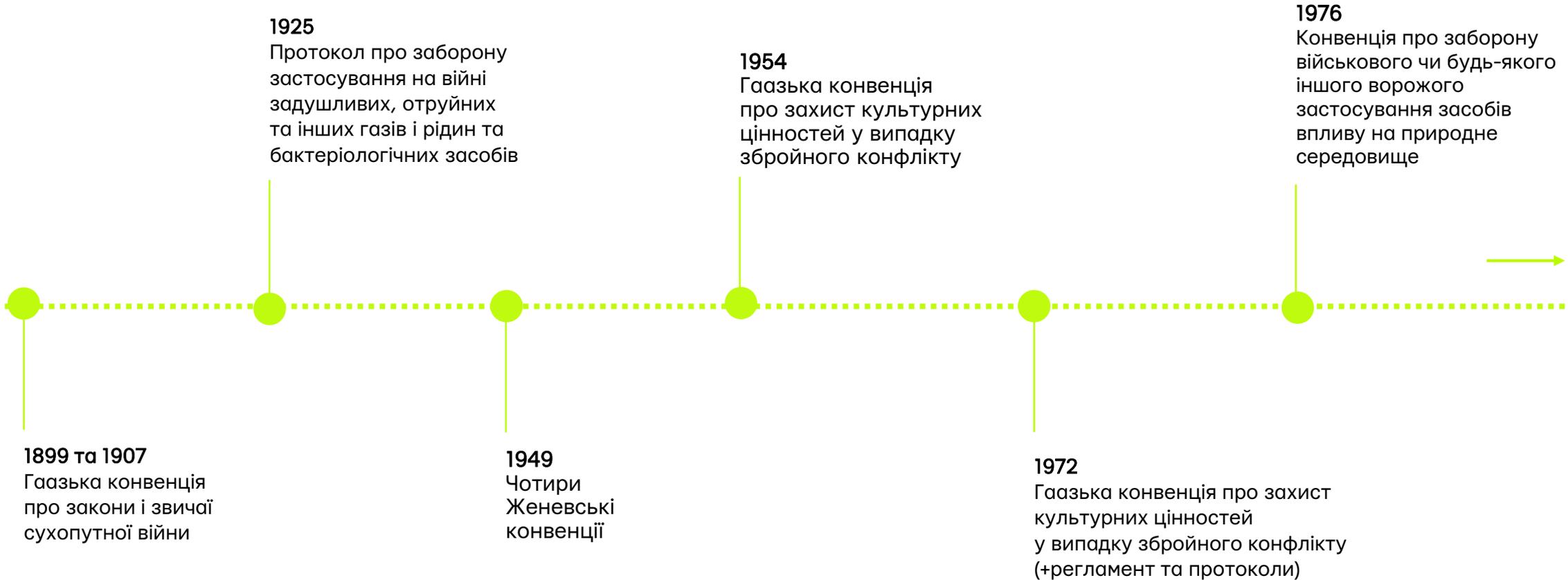
У міжнародно-правовій літературі першої половини ХХ століття згадане формулювання використовувалося синонімічно з Гаазькими конвенціями 1899 та 1907 років та так званим “правом Гааги”.

Проте з часом смислове наповнення цього формулювання змінилося й наразі під законами та звичаями війни розуміється ширший спектр договорів із МГП, прийнятих пізніше.

Схожа позиція підкреслюється й у листі США до МКЧХ у відповідь на розробку Зводу звичаєвого МГП, де США запропонували називати галузь міжнародного права про обмеження засобів і методів збройних конфліктів та захист їхніх жертв «правом війни» чи «законами та звичаями війни» замість МГП.

**РАТИФІКОВАНІ УКРАЇНОЮ
МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ**

Міжнародні договори, на які посилається ст. 438 КК щодо «законів і звичаїв війни».



**РАТИФІКОВАНІ УКРАЇНОЮ
МІЖНАРОДНІ ДОГОВОРИ**



ФОРМИ СКОЄННЯ ВОЄННОГО ЗЛОЧИНУ

Ключовим джерелом криміналізації воєнних злочинів в Україні є стаття 438 Кримінального кодексу.

« 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:

- **«Спеціальні»:** жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування заборонених засобів ведення війни;
- **Універсальна** форма представлена формулюванням «інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами».

ФОРМУЛЮВАННЯ СТАТТІ 438 КК

Спеціальні форми побудовані на спадщині Статуту Нюрнберзького трибуналу, попри існування на момент укладання Кодексу більш сучасних джерел міжнародного кримінального права (Статут МТКЮ, Статут МТР, Статут МКС).

Більше того, походження формулювання статті зумовлює те, що навіть спеціальні форми скоєння воєнного злочину в статті 438 не узгоджені з чинним МГП.

- Спеціальні форми не вказують на конкретні сучасні склади злочинів і їх потрібно додатково уточнювати вказівкою на них.
- Наприклад, спеціальну форму «жорстоке поводження з військовополоненими» слід уточнити як «катування військовополоненого».

ТЛУМАЧЕННЯ СТАТТІ 438 КК

Стаття 438 ККУ фіксує склад [воєнного] злочину, який характеризується подвійною протиправністю: він є караним як за національним законодавством, так і за міжнародним правом.

- Відповідно до правила тлумачення *eiusdem generis*, усі спеціальні форми злочину за ст. 438 в розумінні законодавця є проявами порушень «законів та звичаїв війни», згаданих у п'ятій загальній формі злочину.
- Тож вживання словосполучення «міжнародним правом» (замість вужчого поняття «міжнародними договорами») не криміналізує ані порушення міжнародного звичаєвого права, ані не ратифіковані договори з МГП.

NB: *eiusdem generis* означає, що слова, які входять в узагальнюючу формулу після перерахування, повинні тлумачитися як такі, що відносяться до того ж роду предметів, які вказані при перерахуванні.

ВИДИ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

КАТЕГОРИЗАЦІЯ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ

Міжнародні договори містять заклики до криміналізації чи переслідування конкретних їх порушень (наприклад ст. 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV, 11 та 75 ДП I).

Однак ст. 438 КК України про воєнні злочини не пропонує вичерпного чи бодай сучасного відкритого списку воєнних злочинів.

- 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.
- При цьому самі ЖК допускають та навіть заохочують встановлення на національному рівні покарання (не обов'язково кримінального) не лише за серйозні порушення норм Конвенцій, як наприклад у ст. 145 ЖК IV.

ВИСНОВОК

- Відсилання до «порушень законів і звичаїв війни» в національному законодавстві не обов'язково має стосуватися серйозних порушень (grave breaches) міжнародного гуманітарного права.
- Серйозні порушення законів і звичаїв війни не обов'язково повинні розумітися ідентично до того, як це сформульовано в ЖК чи практиці міжнародних кримінальних судів.
- Перелік серйозних порушень законів і звичаїв війни з ЖК, а також інших порушень законів і звичаїв війни, що є караними за Римським статутом, є однозначно караними за статтею 438 ККУ.

ЗАСТОСОВНЕ ДЛЯ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПРАВО

принцип дружнього ставлення до міжнародного права або доктрина дружнього до міжнародного права тлумачення Конституції



додаткове з'ясування складових ст. 438 КК може здійснюватися через застосування допоміжних джерел, зокрема, практики міжнародних судів

Стаття 438 КК – бланкетна.

Рішення Конституційного суду України у рішенні № 2-рп/2016

« 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 ».

РІШЕННЯ КСУ № 2-рп/2016

Рішення закликає суди використовувати практику міжнародних судів, «юрисдикцію яких визнала Україна»:

- суди, з якими Україна уклала міжнародні договори (МТКЮ);
- створені на основі конвенцій, що ратифіковані Україною (ЄСПЛ, МС ООН, Міжнародний трибунал з морського права);
- юрисдикцію яких Україна визнала спеціальною заявою Верховної Ради України, як от Міжнародного кримінального суду (МКС);
- суди, у створенні чи модифікації статутів яких Україна брала участь (Міжнародний трибунал щодо Руанди, Спеціальний суд щодо Сьєрра-Леоне).

УТОЧНЕННЯ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ ЗА СТ. 438 КК

- Застосування практики МКС, як найбільш сучасного суду, діяльність якого основана на заздалегідь визначених у Римському статуті так званих Елементах злочинів.
- Ст. 8 Римського статуту містить каталог воєнних злочинів, що включає як серйозні порушення (grave breaches) ЖК 1949 року, так й інші порушення, що містяться в ратифікованих Україною міжнародних договорах щодо законів та звичаїв війни.

НАЦІОНАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ В ПОРІВНЯННІ З ІНОЗЕМНИМИ ТА МІЖНАРОДНОЮ

**ПРИНЦИП УНІВЕРСАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ
ТА ЕКСТЕРИТОРІАЛЬНОСТІ**

- Більшість справ щодо воєнних злочинів, скоєних у державах з чинною й досить дієвою системою правосуддя, розглядаються на національному рівні в цій державі.
- При цьому міжнародні кримінальні суди можуть мати або конкурентну юрисдикцію з національними судами, або ж комплементарну (наприклад МКС, який доповнює національну юрисдикцію тоді, коли держави не можуть або не хочуть розслідувати злочини).

Іноземні ж юрисдикції можуть включатися в розслідування воєнних злочинів у іншій державі, якщо в їхнє національне законодавство вмонтовано принцип універсальної юрисдикції або інші екстратериторіальні можливості (громадянство суб'єкта злочину/потерпілого, захисний принцип тощо).

- Універсальна юрисдикція полягає в тому, що держави можуть переслідувати винних у скоєнні окремих видів злочинів незалежно від того де й ким відповідний злочин було скоєно, а також незалежно від громадянства чи місця проживання жертв таких злочинів.
- Найчастіше національне законодавство допускає застосування принципу універсальної юрисдикції щодо 4 видів злочинів: **геноцид,** **злочини проти людяності,** **воєнні злочини та тортури.**

NB: підставою застосування принципу універсальної юрисдикції є національне законодавство окремої країни або міжнародні договори (напр. ст. 85 ДП I).

УНІВЕРСАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ В УКРАЇНІ

КК України також уможлиблює розгляд справ за принципом універсальної юрисдикції хоча й 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 ».

Статті інших договорів, ратифікованих Україною, також дають можливість переслідувати іноземців, що вчинили злочини за межами України:

- ст. 49, 50, 129, 146 ЖК 1949 року;
- ст. 85 ДП І;
- ст. 16 Другого протоколу до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року.



— Дякую!

Дмитро Коваль

к.ю.н., співвиконавчий директор Truth Hounds

d.k@truth-hounds.org

Вероніка Шептуховська
редакторка

Лілія Лахнеш
редакторка

Владислав Левчук
редактор

Створено ГО «Трус Хаундс», 2024 р.

truth-hounds.org



TRUTH HOUNDS