

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВИЙ НАПРЯМ

УДК 341.3+341.4

DOI: <https://doi.org/10.32631/v.2023.3.45>

Світлана Володимирівна Щербак,

кандидат юридичних наук, доцент,

Сумський національний аграрний університет,

кафедра адміністративного та інформаційного права (доцент);



<https://orcid.org/0000-0002-9969-3817>,

e-mail: svetamargo31@ukr.net

ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ В МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ТА ГУМАНІТАРНОМУ ПРАВІ Й У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАКТИЧНИЙ АСПЕКТ

Розкрито кримінально-правову характеристику воєнних злочинів у міжнародному кримінальному праві та за національним кримінальним законом. Проаналізовано категорію «воєнні злочини» та здійснено її кримінально-правову характеристику в розрізі матеріально-правової, міжнародної та національної складових у контексті поєднання теоретичного і прикладного аспектів. Окреслено коло проблемних питань тлумачення та правозастосування ст. 438 Кримінального кодексу України, що виникають у судовій практиці під час реалізації цієї норми. Перспектива подальших досліджень полягає в необхідності подальшого аналізу кримінальних правопорушень щодо порушення законів і звичаїв війни з метою вироблення єдиних підходів при кваліфікації воєнних злочинів та призначенні покарання для російських військовослужбовців за вчинення воєнних злочинів в Україні.

Ключові слова: воєнні злочини, міжнародні злочини, елементи злочину, контекстуальний елемент, міжнародне кримінальне право, міжнародне гуманітарне право, порушення законів і звичаїв війни.

Оригінальна стаття

Постановка проблеми

У міжнародному кримінальному праві категорія «воєнні злочини» пройшла тривалий шлях, щоразу набуваючи нової хвилі свого розвитку із конкретним збройним конфліктом. Генеза воєнних злочинів простежується ще з дореволюційних часів, коли з'явилися перші конвенції щодо правил ведення війни, що значним чином вплинуло на ступінь розробленості проблематики воєнних злочинів, визначення їх сутності та формування сучасного розгорнутого «каталогу», наведеного у ст. 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду, який нараховує понад 50 воєнних злочинів.

Для України питання кваліфікації воєнних злочинів стали актуальними з початком російської агресії у 2014 р. та набули особливого значення після широкомасштабного вторгнення РФ в Україну 24 лютого 2022 р., коли «масштаби воєнних злочинів з боку армії Росії, а також притягнення до відповідальності винних стали безпрецедентним викликом для правової системи України»¹.

Проте воєнна трансформація правової сфери, що супроводжувалася адаптацією чинного кримінального законодавства до умов воєнного стану, не торкнулася ключової статті Кримінального кодексу України (далі – КК України), що стосується воєнних злочинів та встановлює кримінальну відповідальність за порушення законів і звичаїв війни, – редакція ст. 438 залишається незмінною з моменту ухвалення КК України ще у 2001 р. Широке формулювання воєнних злочинів у ст. 438 КК України призводить до того, що в цій нормі зосереджено «щонайменше десятки різних за об'єктивними та суб'єктивними ознаками, характером та ступенем суспільної небезпеки складів воєнних злочинів» [1, с. 16], за вчинення яких кримінальна відповідальність є недиференційованою та фактично настає в межах однієї санкції (позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років).

Складною у правозастосуванні та розумінні специфіки воєнних злочинів виявилася і бланкетність диспозиції ст. 438 КК України, зокрема у зв'язку з необхідністю встановлення судами контекстуального елемента як ознаки міжнародних злочинів.

Стан дослідження проблеми

Воєнні злочини на рівні міжнародного кримінального та українського кримінального права висвітлені у працях багатьох учених та в різних аспектах, зокрема у міжнародно-правовому аспекті М. М. Гнатовським, В. П. Пилипенком, В. М. Репецьким, О. В. Сенаторовою, О. В. Червяковою; у матеріально-правовому аспекті Н. О. Антонюк, В. П. Базовим, А. А. Вознюком, І. В. Гловюк, І. В. Жук, В. О. Мироново, В. О. Навроцьким, М. І. Хавронюком; у процесуальному та криміналістичному аспектах І. В. Басистою, О. В. Капліною, Г. К. Тетерятник. У 2023 р. вже до кількох десятків зростає кількість вироків судів за ст. 438 КК України, найближчим часом до судів надходять ще тисячі нових справ цієї категорії, а тому поєднання теоретичного та прикладного аспектів у дослідженні воєнних злочинів сприятиме як уніфікації підходів щодо кваліфікації воєнних злочинів у судовій практиці, так і усуненню прогалин при притягненні до

¹ Воєнні злочинці в Україні: скількох росіян та за що засудили за рік повномасштабного вторгнення // Zmina : сайт. 24.02.2023. URL: <https://zmina.info/articles/voyenni-zlochynczi-v-ukrayini-skillkoh-rosiyan-ta-za-shho-zasudyly-za-rik-povnomasshtabnogo-vtorgnennya> (дата звернення: 10.08.2023).

відповідальності у національній юрисдикції представників російських збройних формувань, які вчинили десятки тисяч воєнних злочинів.

Мета і завдання дослідження

Метою статті є теоретико-практичний аналіз нової для національного правозастосування категорії «воєнні злочини», яка є особливо ваговою в період розгортання в Україні збройного конфлікту міжнародного характеру, що зумовлює необхідність знання міжнародного кримінального та гуманітарного права й вирішення таких дослідницьких завдань, як визначення кола проблемних питань тлумачення та застосування ст. 438 КК України, винесення на обговорення низки пропозицій, які можуть позитивно вплинути на правозастосовний процес під час розгляду судами кримінальних проваджень цієї категорії та винесення вироків за ними.

Наукова новизна дослідження

У статті надано характеристику структури кримінально-правової норми щодо порушення законів і звичаїв війни, проаналізовано практику застосування судами положень ст. 438 КК України, починаючи з 24 лютого 2022 р., тобто в період широкомасштабного вторгнення з боку країни-агресора, а також виявлено низку прогалин в закріпленні кримінально-правової заборони порушення законів та звичаїв війни у чинному КК України, яка потребує як удосконалення, так і імплементації до вітчизняного кримінального закону норм міжнародного кримінального права щодо воєнних злочинів.

Виклад основного матеріалу

Для аналізу кримінально-правової характеристики воєнних злочинів вчені пропонують використовувати мінімум три складові: матеріально-правову, міжнародну та національну [2, с. 89].

Щодо міжнародної складової воєнних злочинів слід звернути увагу, що правила ведення війни регламентовані міжнародним гуманітарним правом (далі – МГП), яке інакше називають правом законів і звичаїв війни, чи міжнародним правом збройних конфліктів. Термін МГП широко використовується у чинних міжнародно-правових актах, при цьому зв'язок МГП із міжнародним кримінальним правом (далі – МКП) полягає в тому, що порушення МГП тягнуть за собою кримінальну відповідальність за вчинення воєнних злочинів, що встановлюються МКП. Звідси з'являється і властивий цим галузям термінологічний ряд – збройний конфлікт, збройний конфлікт міжнародного характеру, комбатанти, цивільні особи, особи, що перебувають під захистом МГП (поранені, хворі, військовополонені та ін.).

Основними напрямками МГП є «право Гааги» (його норми, закріплені в Гаазьких конвенціях, забороняють або обмежують застосування конкретних методів і засобів ведення війни) та «право Женев» (його

норми, закріплені в Женевських конвенціях і додаткових протоколах до них, стосуються захисту жертв збройних конфліктів).

Категорія воєнних злочинів за МКП розкрита у положеннях Римського статуту, а їхні обов'язкові ознаки – в Елементах злочинів, що є нормативним документом Міжнародного кримінального суду, однак загально визнаним є підхід, за яким воєнними злочинами вважаються лише «серйозні» порушення законів і звичаїв війни, тобто будь-які порушення, які характеризуються: 1) як «грубі порушення» Женевських конвенцій 1949 р. та Додаткового протоколу I; 2) як інші серйозні порушення МГП, визнані воєнними злочинами Римським статутом або звичаєвим правом.

Незважаючи на те, що редакція ст. 438 КК України закріплює формулювання форм воєнних злочинів, у ній не згадується про серйозність порушень норм МГП.

Серед потенційних видів воєнних злочинів, представлених в орієнтовному каталозі ст. 8 Римського статуту, та реально вчинених воєнних злочинів в Україні після 24 лютого 2022 р. є ті, які прямо передбачені у Римському статуті, проте відсутні серед форм порушення законів та звичаїв війни у диспозиції ст. 438 КК України. Наприклад, вироком Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 р.¹ до 11 років 6 місяців засуджено військовослужбовців зс рф за те, що один розгорнув для приведення в дію реактивну систему залпового вогню, а інший навів її, що спричинило руйнування об'єктів цивільної та критичної інфраструктури, житлових будинків. У вирокі ці дії отримали кваліфікацію «напад невибіркового характеру», передбачений статтями 51 та 52 Додаткового протоколу I за попередньою змовою групою осіб, тобто інше порушення законів та звичаїв війни (ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 438 КК України).

Україна підписала Римський статут МКС 20 січня 2000 р., однак досі його не ратифікувала, у зв'язку з чим його положення не можуть бути нормативною основою для застосування ст. 438 КК України. Інакше кажучи, під час формулювання обвинувачення за ст. 438 КК України за фактом вчинення «іншого порушення законів та звичаїв війни» не можна посилалися на порушення Римського статуту, необхідно знайти відповідну норму іншого міжнародного договору, ратифікованого Україною, що й було зроблено судом у наведеному прикладі.

Слід акцентувати увагу на тому, що у МГП знаходимо дещо інше розуміння поняття та змісту порушення законів і методів війни.

¹ Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 31.05.2022 : справа № 535/244/22, провадження № 1-кп/535/68/22 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104531363> (дата звернення: 10.08.2023).

Сучасне МГП створило низку норм, що забороняють або регулюють розвиток, володіння і застосування певних видів зброї (засоби ведення війни) і забороняють чи обмежують способи, якими така зброя може застосовуватися або якими можуть вестися військові дії (методи ведення війни) [3, с. 86].

Заборонені методи ведення війни включають у себе безпосередні напади на цивільних осіб та цивільні об'єкти, культурні цінності й установки і споруди, що містять небезпечні цілі, невибіркові напади; використання цивільних осіб та інших підзахисних осіб як «живих щитів», акти насильства і погрози насильством, основною метою яких є тероризування цивільного населення, методи, які заподіюють широкої, довготривалої і серйозної шкоди природному середовищу або пов'язані з ворожим застосуванням засобів впливу на навколишнє середовище, тощо.

Щодо заборон та обмежень на використання засобів ведення війни, то нормами МГП забороняється використання зброї масового ураження (хімічної, біологічної та ядерної) як такої, що має невибірковий характер і завдає зайвих ушкоджень і надмірних страждань, а також здатна завдавати широкомасштабної, серйозної і довготривалої шкоди навколишньому середовищу (кулі, що розгортаються у людському тілі; мініпастки, протипіхотні міни, лазерна осліплювальна зброя, касетні боеприпаси).

У вітчизняній кримінально-правовій науці питання про те, які злочини слід відносити до категорії воєнних, є одним із дискусійних, при цьому звернімо увагу, що чинний КК України взагалі не містить окремої статті, яка б називалася «воєнні злочини».

Серед правників панівною є думка щодо віднесення до воєнних злочинів більшості діянь, передбачених ст. 438 КК України. Деякі вчені також вважають воєнними злочинами ще й діяння, передбачені ст. 437 «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни» КК України, однак цей підхід не збігається з баченням МКП, яке відносить злочин агресії до злочинів проти миру (міжнародних злочинів), а не до воєнних злочинів, про що йдеться у Римському статуті.

Водночас є підстави стверджувати, що перелік воєнних злочинів, передбачений у ст. 438 КК України, не обмежується однією статтею Кодексу. Особливості криміналізації воєнних злочинів за КК України свідчать про розміщення воєнних злочинів одразу у двох розділах КК України – у розділах 19 та 20, а тому до складу воєнних злочинів, крім передбачених у ст. 438 КК України, слід відносити ще й злочини, передбачені ст. 433 «Насильство над населенням у районі воєнних дій», ст. 434 «Погане поводження з військовополоненими» та ст. 435 «Незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця». Із цього приводу висловлені пропозиції щодо виключення

статей 344 та 434 із КК України взагалі, що дасть змогу кваліфікувати всі відповідні дії за ст. 438 КК України.

Із початком збройного конфлікту виникла низка проблем тлумачення та застосування ст. 438 КК України, серед яких слід виокремити такі: «міжнародно-правова» бланкетність диспозиції ст. 438 КК України, потреба ратифікації Римського статуту та імплементації його положень у національне законодавство, зниженість санкцій за воєнні злочини, відмежування воєнних злочинів від інших міжнародних злочинів, а також воєнних злочинів від «загальнокримінальних» правопорушень, що передбачені в інших статтях Особливої частини КК України.

Голова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду С. Кравченко слушно зауважує, що те, що відбувалося з 2014 р., зокрема участь у бойових діях тощо, ми кваліфікували як участь у терористичній організації, убивства та ін. Фактично називаючи події війною, до 24 лютого ми кваліфікували ці дії за загальними нормами кримінального закону, а не як воєнні злочини [4].

Хронологія формування практики кваліфікації злочинів, учинених комбатантами країни-агресора після 24 лютого 2022 р., досліджувалася міжнародними організаціями, зокрема за період з 24 лютого по квітень 2022 р. укладено звіт ОБСЄ. Так, імунітет комбатантів відповідно до МГП означає, що вони не можуть бути покарані за просту участь у бойових діях, навіть якщо така участь є кримінальним злочином згідно з національним законодавством супротивника. Отже, російські військовополонені можуть і повинні переслідуватися державою, яка тримає їх у полоні, але лише за воєнні злочини¹, а тому комбатанти не підлягають кримінальній відповідальності за порушення територіальної цілісності України, вбивства та незаконний перетин українського кордону, як це відбувалося на практиці у перші місяці воєнного стану в Україні.

У 2023 р. ухвалено понад 30 вироків національних судів щодо російських військовослужбовців за воєнні злочини, вчинені в період лютий-квітень 2022 р., що потрапили до звіту. Так, вирок Ічнянського районного суду Чернігівської області від 26 квітня 2023 р.²

¹ Воєнний злочинець буде заарештований, щойно виїде за межі своєї країни, без строку давності – голова Касаційного кримінального суду // Ракурс : сайт. 24.10.2022ю URL: <https://racurs.ua/ua/3025-toy-hto-natyskaie-knopkumaie-znaty-yogo-derjava-zaplatyt-za-vsici-ruynuvannya-suddya-vs.html> (дата звернення: 10.08.2023).

² Апеляційний суд залишив у силі довічне ув'язнення для російського солдата, який розстріляв авто з цивільними на Чернігівщині // Новинарня : сайт. 28.07.2023. URL: <https://novynarnia.com/2023/07/28/apelyaczijnjy->

засуджено за ч. 2 ст. 438 КК України до довічного позбавлення волі військовослужбовця рф за те, що після зупинки цивільного автомобіля, в якому знаходилася сім'я (батьки та їхня дочка із зятем), обвинувачений спільно з іншими військовими рф відкрили прицільний вогонь по автомобілю та його пасажирів, після чого, вважаючи, що всі четверо осіб загинули, військовослужбовці держави-агресора залишили місце вчинення злочину. Внаслідок злочинних дій мати загинула, інші члени родини отримали тілесні ушкодження різного ступеня тяжкості.

Для з'ясування природи норми ст. 438 КК України розглянемо її більш детально, зосередившись на диспозиції, конструкція якої має доволі складний характер:

«Стаття 438. Порухення законів та звичаїв війни

1. 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* (курсив наш. – С. Ш.), інші порушення законів та звичаїв війни, *що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України* (курсив наш. – С. Ш.), а також віддання наказу про вчинення таких дій ...».

За класифікацією видів диспозицій кримінально-правової норми її відносять до бланкетної диспозиції, що у кожному кримінальному провадженні вимагає звернення до правил та звичаїв ведення війни з посиланням на норми, статті і правила конвенцій, додаткових протоколів до конвенцій або норми звичаєвих правил, що наповнюють зміст об'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 438 КК України.

Бланкетні диспозиції ґрунтовно досліджувалися Г. Яремко в одноіменній монографії, де пропонується таке розуміння бланкетної диспозиції у статті Особливої частини КК України – це структурний елемент заборонної кримінально-правової норми, який безпосередньо лише абстрактно називає або описує окремі ознаки складу злочину, а для їх конкретизації відсилає (прямо чи опосередковано) до приписів інших галузей права, що можуть бути формалізовані у нормативно-правових актах, нормативно-правових договорах та правових звичаях і виступають додатковою нормативною підставою кримінально-правової кваліфікації [5, с. 44].

Спробуємо здійснити умовний поділ структури диспозиції ст. 438 КК України, що фактично складається з трьох частин.

У першій частині текстуальний виклад іде шляхом перерахування форм вчинення кримінального правопорушення (форм об'єктивної сторони злочину), застосовуючи простий спосіб викладення та лише називаючи їх, і надалі відсилає до приписів міжнародного права. Серед окреслених форм об'єктивної сторони злочину: 1) жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням; 2) вигнання цивільного населення для примусових робіт; 3) розграбування національних цінностей на окупованій території; 4) застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом. Звернімо увагу на те, що остання форма (застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом) характеризується невизначеністю тлумачення та обмеженістю порівняно із каталогом воєнних злочинів у Римському статуті.

Показовим із цього приводу є такий приклад. Військовослужбовця РФ, який вчинив жорстоке поводження з військовополоненими Збройних Сил України та цивільним населенням, інші порушення законів та звичаїв війни, засуджено за ч. 1 ст. 438 КК України до позбавлення волі строком на 12 років (максимальна межа цього виду покарання в санкції статті). Надалі він звільнений від відбування покарання на підставі ст. 84-1 КК України, а після обміну знову вчинив злочини, передбачені ст. 438 КК України. Видається, що у такому разі можливо призначити максимальне покарання у вигляді позбавлення волі строком на 15 років, що є явно несправедливим, адже за вчинення низки особливо тяжких воєнних злочинів покарання не може перевищувати 15 років позбавлення волі [6, с. 54]. На відміну від національного законодавства, максимальний строк покарання за вчинення воєнних злочинів у Римському статуті визначений до 30 років позбавлення волі.

У другій частині диспозиції йдеться про одну з форм учинення злочину – інші порушення законів та звичаїв війни – та здійснюється відсилання до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Саме ця частина аналізованої диспозиції кримінально-правової норми викликає найбільші складнощі у кваліфікації злочину за ст. 438 КК України як у теорії кримінального права, так і у правозастосуванні, оскільки складно вважати її простою чи описовою через її невизначеність. Ураховуючи прояви об'єктивної сторони злочинів, учинених в Україні після 24 лютого 2022 р., перш за все подібні питання виникали в органів досудового розслідування щодо з'ясування або інших форм сексуального насильства, і під час перших місяців широкомасштабного вторгнення траплялися випадки, коли з'ясування були помилково кваліфіковані органами досудового розслідування за ст. 152 КК України як

загальнокримінальні злочини в обхід застосування контекстуального елемента воєнних злочинів.

У міжнародному кримінальному праві такі прояви отримали назву «сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом», що розглядається як окремий напрям у науці та, безсумнівно, вважається воєнними злочинами, а особливості кваліфікації сексуального насильства як воєнного злочину відображені у вироках міжнародних трибуналів по колишній Югославії та Руанді.

Не менш складним виявилось правозастосування і третьої частини диспозиції, а саме така форма злочину, як віддання наказу про вчинення таких дій, що в сукупності застосовна і до першої, і до другої частин, що аналізувалися вище, з огляду на відсутність механізму притягнення до відповідальності начальників та підлеглих за співучасть у цьому злочині. Як слушно зазначає М. Хавронюк, ст. 438 КК України у чинній редакції породжує суперечки щодо правомірності притягнення до відповідальності: а) усіх осіб, які безпосередньо вчинили воєнні злочини в усіх їхніх можливих формах – через бланкетність диспозиції; б) військових командирів та начальників за неналежний контроль за підлеглими, у результаті чого останні вчинили воєнні злочини, – через відсутність відповідної прямої норми (хоча відповідальність командирів та інших начальників прописана у ст. 28 Римського статуту) [7, с. 252]. Так, оператор-навідник танка вистрілив осколково-фугасним снарядом по житловій багатоповерхівці у Чернігові наприкінці лютого 2022 р. Згодом танк підбили Збройні Сили України, а росіяни опинилися в полоні. Військовослужбовець РФ був засуджений до 10 років позбавлення волі. Його командира, який віддав наказ стріляти по будинку, обміняли в травні, а згодом заочно оголосили підозру¹.

Різні підходи склалися у кримінально-правовій науці щодо контекстуального елемента під час кваліфікації воєнних злочинів за КК України. Так, деякі вчені зазначають про недоцільність виокремлення контекстуального елемента як самостійного елемента порушення законів або звичаїв війни, вважаючи, що «контекстуальні обставини належать до такої ознаки об'єктивної сторони, як обстановка вчинення кримінального правопорушення, якою є ситуація збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру та зв'язок злочинного діяння з відповідним збройним конфліктом, як це прописано у ст. 8 «Елементів злочинів МКС» [8, с. 128].

Більш виваженою є теза про те, що контекстуальний елемент фактично влітається в інші елементи складу кримінального

¹ Хто з російських воєнних злочинців уже отримав судові вироки // Український інститут національної пам'яті : сайт. 21.03.2023. URL: <https://uinp.gov.ua/aktualni-temy/hto-z-rosiyskyh-voyennyh-zlochynciv-uzhe-otrymav-sudovi-vyroky> (дата звернення: 10.08.2023).

правопорушення [9, с. 33] та «зумовлює специфіку складу злочину по усіх його складниках (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона), зважаючи на залежність ідентифікації контекстуальних елементів від загальних обставин вчиненого діяння та специфіку оцінки об'єктивної сторони в умовах збройного конфлікту» [10, с. 395].

Формулювання сутності контекстуального елемента полягає в такому: по-перше, поведінка виконавця мала місце в контексті та була пов'язана з міжнародним збройним конфліктом, по-друге, виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

Тобто під час кваліфікації дій за ст. 438 КК України необхідно встановити існування зв'язку між індивідуальною злочинною поведінкою та збройним конфліктом міжнародного характеру. Так, в одному з вироків таким чином акцентовано на контекстуальному елементі: обвинувачені перебували у військовій формі, зі зброєю, на військовій техніці, та надані письмові докази перебування обвинувачених у складі збройних сил російської федерації.

Отже, контекст повинен бути пов'язаний зі збройним конфліктом, а інкриміноване кримінальне правопорушення має бути в контекстуальному, причинному і логічному зв'язку з учиненими діяннями, незважаючи на те, який прояв має скоєне (це може бути вбивство, катування, зґвалтування, незаконне позбавлення волі, заволодіння чужим майном тощо).

Висновки

Незважаючи на існуючу тенденцію чіткої виокремленості категорії воєнних злочинів, що спостерігається з початку збройного конфлікту у площині вітчизняної кримінально-правової науки та у правозастосуванні, вона ще не отримала належної уваги з боку законодавця, а тому потребує нормативного закріплення й у національному кримінальному законі, визначення переліку воєнних злочинів та встановлення диференційованої кримінальної відповідальності за кожен їхній вид, проте, як свідчить час, вирішення цього питання ускладнюється через відсутність ратифікації Україною Римського статуту Міжнародного кримінального суду та швидше є питанням майбутнього.

Ще на початку широкомасштабного вторгнення рф в Україну у березні 2022 р. пріоритет законодавця був відданий інтересам державної безпеки, що у вимірі кримінального права знайшло відображення у підвищенні санкцій кримінально-правових норм за вчинення злочинів проти основ національної безпеки, у криміналізації менш тяжких проявів державної зради (як-то колабораційна діяльність) та інших протиправних діянь, які стали вчинятися у воєнний час. Вочевидь встановлення суворої кримінальної відповідальності за діяння, що посягають на важливі національні інтереси України, є виправданим і необхідним.

Проте війна триває, і серед злочинів, учинених у період повномасштабного вторгнення, переважна більшість припадає саме на діяння, передбачені ст. 438 КК України, що також потребує відповідного реагування з боку держави, адже будь-яка санкція як частина кримінально-правової норми має конструюватися відповідно до принципів кримінального права, тим самим забезпечуючи реалізацію не лише диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності, а й співмірності покарання. Таким чином, розмір покарання за порушення законів і звичаїв війни, що є злочином проти миру, не узгоджується зі змістом інших санкцій Особливої частини КК України, а тому в умовах сьогодення з метою забезпечення максимального та справедливого покарання військовослужбовців РФ та інших мілітарних формувань, які вчинили воєнні злочини в Україні, санкція ч. 1 ст. 438 КК України має бути переглянута у бік посилення і мінімальної, і максимальної межі покарання, що передбачається за вчинення цього злочину.

Список бібліографічних посилань: 1. Кваліфікація та розслідування порушення законів і звичаїв війни : наук.-практ. посіб. / за заг. ред. М. С. Цуцкірідзе, В. В. Чернея, А. А. Вознюка. Київ : Норма права, 2023. 322 с. 2. Гловюк І. Кримінальне провадження щодо воєнних злочинів: виклики та відповіді. *Право України*. 2023. № 5. С. 85–100. DOI: <https://doi.org/10.33498/lopu-2023-05-085>. 3. Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ : ФОП Голембовська О. О., 2018. 208 с. 4. Примаченко О. Воєнний злочинець буде заарештований, щойно виїде за межі своєї країни, без строку давності – голова ККС // Судова влада України : офіц. сайт. 25.10.2022. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1337696/> (дата звернення: 10.08.2023). 5. Яремко Г. З. Бланкетні диспозиції в статтях Особливої частини Кримінального кодексу України : монографія. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2011. 424 с. 6. Вознюк А. А. Кримінально-правові інструменти забезпечення безпекового середовища України під час війни // Нова архітектура безпекового середовища України : зб. тез Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Харків, 23 груд. 2022 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, Нац. акад. правових наук України, Наук.-дослід. ін-т вивчення проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса. Харків : Юрайт, 2022. С. 52–56. 7. Хавронюк М. І. Кримінально-правові норми, розраховані на застосування в умовах війни, чинні до початку відкритої російської агресії проти України: досягнення і прорахунки українського законодавства та правозастосовної практики // Українська кримінальна юстиція в умовах війни : матеріали VIII (XXI) Львів. форуму кримінальної юстиції (м. Львів, 9–11 черв. 2022 р.) / Львів. форум кримінальної юстиції, Держ. бюро розслідувань України, Львів. держ. ун-т внутр. справ та ін. Львів : Львів. держ. ун-т внутр. справ, 2022. С. 246–257. 8. Загіней-Заболотенко З., Гладун О. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням

контекстуальних обставин. *Право України*. 2023. № 5. С. 117–132. **9.** Антонюк Н. М. Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення. *Право України*. 2023. № 5. С. 30–38. **10.** Гловюк І. В., Тетерятник Г. К. Контекстуальні елементи у провадженнях щодо воєнних злочинів: предмет доказування *sui generis*. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 5. С. 394–398. DOI: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/87>.

Надійшла до редколегії 13.08.2023

Прийнята до опублікування 03.09.2023



Shcherbak S. V. War crimes in the International Criminal and Humanitarian Law and in the Criminal Law of Ukraine: theoretical and practical aspects

The article reveals the criminal law characteristics of war crimes in the International Criminal Law, International Humanitarian Law and under the National Criminal Law. The category of “war crimes” is analysed and its Criminal Law description is made in terms of substantive, international and national components in the context of combining theoretical and applied aspects of war crimes research. A comparative analysis of war crimes in both International Criminal Law and National Criminal Law has been made, with the examples of application of Article 438 of the CC of Ukraine from judicial practice provided, and the legislative regulation of the term “war crimes” in the CC of Ukraine has been proposed, given the trend of clear separation of the category of war crimes which has been observed since the beginning of the armed conflict in Ukraine in the National Criminal Law science and in law application which remains doctrinal.

The range of problematic issues of interpretation and enforcement of Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine arising in court practice in the course of implementation of this provision has been outlined, such as the “international legal” blanket nature of the disposition of Art. 438 of the CC of Ukraine, the need for ratification of the Rome Statute and implementation of its provisions into national legislation, low sanctions for war crimes, distinguishing war crimes from other international crimes, as well as war crimes from “general criminal” offences provided for in other articles of the Special Part of the CC of Ukraine. It has been proved that courts in criminal proceedings should establish a contextual element when qualifying violations of the laws and customs of war under Article 438 of the CC of Ukraine as an independent element of war crimes, which makes it possible to distinguish them from “general criminal” offences provided for in other sections of the CC of Ukraine. The low sanction of Part 1 of Art. 438 of the CC of Ukraine has been stated and proposals have been made to strengthen it in order to establish in the Criminal Law a relevant punishment for persons who committed war crimes during the armed conflict in Ukraine, which is a requirement of today.

Key words: war crimes, international crimes, elements of crime, contextual element, International Criminal Law, International Humanitarian Law, violation of the laws and customs of war.

