

**ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО
ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА У ВІТЧИЗНЯНИЙ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ІНСТИТУТ ОБСТАВИН,
ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ЗЛОЧИННІСТЬ ДІЯННЯ**

С.І. Дячук

*кандидат юридичних наук, доцент,
суддя місцевого суду Святошинського
району м. Києва*

Постановка проблеми. Питання, що стосуються інституту обставин, які виключають злочинність діяння, мають важливе теоретичне і практичне значення в кримінальному праві та потребують подальшого дослідження.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Місце виконання наказу серед обставин, що виключають злочинність діяння, було предметом поглибленого наукового аналізу в працях П.П. Андрушка, Ю.В. Бауліна, В.І. Михайлова, автора цієї статті та інших.

З питань наказу видано чимало публікацій і в світлі положень міжнародного гуманітарного права [2, с. 114-136; 3, с. 589-595]. За міжнародним правом особа, яка вчинила злочинні дії з метою виконання наказу свого уряду чи керівництва, не звільняється від кримінальної відповідальності.

Мета статті – проаналізувати виконання наказу в міжнародному гуманітарному праві, як обставину, що при певних умовах може виключати злочинність діяння.

Основні результати дослідження. Одним із методів, що використовується у науці кримінального права для забезпечення гармонізації кримінально-правових норм з міжнародним правом є порівняльно-правовий метод правового дослідження. У цьому контексті особливий інтерес викликає процес утворення найбільш проблемної складової вітчизняного кримінального права – інституту обставин, що виключають злочинність діяння, зокрема такої обставини, як виконання наказу, на тлі імплементації міжнародних гуманітарних норм [1, с. 33].

Виконання наказу завжди поєднується з колізією інтересів, що одночасно претендують на задоволення. Питання про посилення на наказ начальника як підставу для виправдання за спричинену його виконанням шкоду продовжує викликати спори, оскільки відображає конфлікт між дисципліною, яка вимагає покорі, і правосуддям, яке вимагає, щоб злочин не залишався безкарним.

Поняттям наказу можуть охоплюватися як законні, так і незаконні вимоги начальника до підлеглих. Виходячи з цього, накази в залежності від обраного

критерію їх класифікації можуть бути: законними і незаконними, правомірними і протиправними, незлочинними і злочинними, а відтак обов'язковими і необов'язковими. Але тут необхідно зазначити таке: законність самої вимоги ще не є підставою для того, щоб визнавати наказ, в якому ця вимога міститься, безумовно правомірним. Законний наказ, тобто такий, який відповідає вимогам законодавства (у широкому розумінні) є правомірним лише у тому випадку, коли правомірним є акт законодавства, якому відповідає такий наказ.

Про можливість існування таких ситуацій свідчить міжнародна практика. Так, для розвитку міжнародного гуманітарного права, та й кримінальної юриспруденції важко переоцінити значення Нюрнберзького процесу над фашистською Німеччиною [4, с. 28-32; 5, с. 499-538]. Визнання неправомірними наказів, які віддавалися на підставі актів законодавства, прийнятих у фашистський Німеччині органами, що визнані Міжнародним трибуналом злочинними (нацистська партія, організацій СС, СА, СД, гестапо), свідчить не про виняток із сформульованого вище правила, а про передчасність ототожнення законних та правомірних наказів. Після Другої світової війни пройшла хвиля судових процесів, за результатами яких було засуджено німецьких офіцерів, які віддавали накази страчувати взятих у полон комбатантів – розвідників. Ці накази вони віддавали на виконання сумнозвісного наказу Гітлера *Commando Order* від 18 жовтня 1942 р. (акт, який мав загальний і обов'язковий характер згідно з внутрішнім законодавством гітлерівської Німеччини) [3, с. 300].

Рішення про визнання неправомірними наказів вищого військового командування приймалися також Токійським Міжнародним воєнним трибуналом (листопад 1948 р.), Міжнародним кримінальним трибуналом по колишній Югославії (1995 – 1997 рр.) тощо.

Безумовно, у кожному конкретному випадку повинна отримувати правову оцінку і можливість для конкретної особи усвідомлювати протиправність своїх дій, вчинення яких вимагається наказом, оскільки наявність вини завжди має своє кримінально-правове значення. Так, по справі «Пелея», в якій офіцери німецького підводного човна обвинувачувались у вбивстві осіб, що зазнали катастрофи, суддя заявив: «безсумнівно, ніякий солдат чи матрос не може мати при собі бібліотеку книг з міжнародного гуманітарного права, щоб взнати, чи є те чи інше розпорядження командира правомірним, але чи для вас не було очевидним, що виконання наказу начальника значило вбивство цих беззахисних людей, які зазнали катастрофи? Це був явно злочинний наказ ...» [6, с. 249-250].

Необхідність такої, на перший погляд, занадто детальної для кримінально-правових проблем класифікації наказів (чи недостатньо обмежитись кваліфікацією наказів, скажімо, на злочинні та незлочинні?) зумовлена намаганням поєднати теоретичний пошук істини з реальними ситуаціями, які щедро дарує нам життя. На жаль, законодавцем не були враховані вказані положення міжнародної практики, відтак ч. 1 ст. 41 КК визнає правомірним діяння, яке було вчинено виключно з метою виконання законного наказу.

Застосована законодавцем конструкція «законний наказ» не є універсальною. З одного боку, невідомо, як вирішувати питання, коли форма відданого наказу дотримана, а його вимоги приписують вчинити посягання на правоохоронний інтерес, однак якщо особа, яка віддала такий наказ, діяла, скажімо, в стані

крайньої необхідності. Наказ у такому випадку за нашим законодавством буде правомірним, адже протиправність його вимог виключається у зв'язку з наявністю інших обставин, що виключають злочинність діяння. З іншого – окремі норми міжнародного гуманітарного права, які в структурі цілісних міжнародно-правових документів ратифіковані Україною, вказують на неприпустимість посилення при виконанні наказу на крайню необхідність як обставину, що виключає злочинність діяння. Зокрема, це стосується воєнних злочинів, що випливає з духу положень Женевських конвенцій 1949 р. Так, по справі фон Левинського обвинувач обґрунтовано звернув увагу на те, що «воєнна необхідність» і так врахована нормами права війни і якщо припускати твердження про «домінуюче становище воєнної необхідності над правилами ведення воєнних дій», результатом стало б «скасування всіх законів ведення війни...» [3, с. 595].

На наше глибоке переконання, запровадження універсальної категорії «обов'язковий наказ» розкриває повний зміст наказу, виконання якого може усувати злочинність діяння, а тому здатне усунути всі непорозуміння у співвідношенні категорій законний і незаконний наказ, злочинний, правомірний наказ з одночасним врахуванням встановленої межі покори, яка в різних сферах суспільної діяльності поки що залишається різною.

Стосовно співвідношення поняття злочину та злочинного наказу. Враховуючи, що юридичною основою законотворення в нашій державі є конституційний принцип верховенства права, а також беручи до уваги міжнародну правову практику (зокрема, практику Нюрнберзького, Токійського Міжнародних трибуналів, Міжнародних трибуналів по Руанді, колишній Югославії тощо), передчасно стверджувати, що злочинним є тільки той наказ, яким вимагається вчинення діяння, яке є суспільно небезпечним за національним кримінальним законом. Злочинними можуть також визнаватися накази, якими вимагається вчинення діянь, які хоч і не передбачені національними кримінальними законами, однак є злочинами згідно з міжнародними угодами чи загальними принципами міжнародного права.

Так, згідно з ч. 2 ст. 15 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, злочинами визнаються також і діяння, не передбачені національними законами, але які на момент їх вчинення є злочинами згідно із загальними принципами права, визнаними міжнародним товариством. Це положення впливає зі змісту ст. 7 Європейської Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини.

Відповідальність за спричинення шкоди внаслідок виконання злочинного наказу законодавством різних країн врегульована по-різному. Як правило, посилення на наказ начальника як виправдувальну обставину не має сили при умові, якщо наказ був явно незаконним (об'єктивний критерій), або винний знав чи повинен був знати, що наказ був незаконним (суб'єктивний критерій).

Інколи міжнародними нормами прямо презумується явна злочинність конкретних дій. Так, згідно ст. 33 Римського Статуту міжнародного кримінального суду, накази про вчинення злочинів геноциду або злочинів проти людяності є явно злочинними. Завжди слід враховувати, що це категорія об'єктивна. Наш законодавець також надав перевагу об'єктивному критерію і вжив поняття «явно злочинний наказ», відмежовуючи таким чином такий наказ від злочинного, що

не носить явно вираженого характеру. Разом з тим, такий підхід породжує чимало питань, які пов'язані з визначенням критеріїв явності злочинного наказу та їх узгодженням з принципом суб'єктивного поставлення в провину кваліфікуючих та обтяжуючих ознак, на якому будується вся теорія помилок у вітчизняному кримінальному праві [7, с. 33].

Точність кримінального закону виливається і у точність кримінально-правової кваліфікації, а для цього необхідно правильно і повно з'ясувати та визначити зміст правової норми [8, с. 394]. Ознака «явно» вживається в структурі диспозиції кримінально-правових норм у випадках, коли особа не тільки усвідомлювала злочинність вчиненого, мова йде про очевидний для винного, такий, що об'єктивно не може бути підданий сумніву, факт (аналогічне положення має місце і у ч. 3 ст. 36 КК України). Що стосується ознаки «завідоме», то вона, як правило, вживається для позначення психічного ставлення винного до окремих кваліфікуючих ознак складу злочину.

Розмежування ознак «завідоме» і «явне», на нашу думку, є слушним. Таке вирішення питання завдяки застосуванню різних мовних конструкцій повинно сприяти чіткому розгалуженню на законодавчому рівні різних ступенів сприйняття особою тих чи інших явищ, що в кримінальному праві, де панує принцип суб'єктивного поставлення в провину, має практичне значення.

Таким чином, явно злочинним наказ є тоді, коли на момент його віддання діяння, яке приписується ним вчинити, безсумнівно, вочевидь містить всі ознаки злочину – очевидним є все: і суспільно небезпечний характер такого діяння і, за необхідності, його суспільно небезпечні наслідки, настання яких за умов чіткого, своєчасного і повного виконання явно злочинного наказу є неминучим. Такі наслідки в силу їх очевидності є очікуваними як для особи, яка віддала цей наказ, так і для особи, що його виконує, цілком очевидним є і причинний зв'язок між такими наслідками та діями, вчинення яких вимагається даним наказом.

З урахуванням наведеного, відповідальність за віддання чи виконання явно злочинного наказу настає для особи, яка у звичайних умовах обачна і розсудлива. Без сумніву також враховуються рівень кваліфікації такої особи. Злочинний наказ для осіб, які володіють спеціальними знаннями, буде мати явний характер за умов вказаних вище, хоча для іншої особи, яка не володіє такими знаннями, такий характер наказу може бути і неочевидним. При цьому конструкція «явно злочинний» передбачає не такий, скажімо, незмінний умовний рівень очевидності злочинності наказу, коли всі громадяни без винятку одночасно повинні однаково оцінювати наказ, а правило, згідно з яким цей рівень визначається залежно від кожної конкретної ситуації серед осіб з урахуванням їх кваліфікації з тих чи інших питань, що об'єктивно впливає на ступінь їх обачливості та розсудливості, який для деяких осіб, взагалі, повинен мати професійний характер.

Українське законодавство та практика управлінської діяльності виходять з визнання презумпції законності всіх наказів начальників і обов'язку їх виконання для підлеглих. Проте існують межі такого обов'язку (межі покори), вихід за які об'єктивно впливає на юридичні наслідки виконання наказу.

Ще у XVII ст. Томас Гоббс розробив теорію сліпого та безвідповідального підкорення наказу, розглядаючи при цьому підлеглого лише як знаряддя у руках начальника [9, с. 283]. Однак, ця теорія не підтримується юристами сучасності.

Так, перевага «розумним багнетам» віддається і у бельгійському праві. Так, згідно п. 2 ст.11 Закону Бельгії від 14 січня 1975 р. про дисциплінарний статут Збройних Сил, «наказ військовослужбовцем не може бути виконаним, якщо його виконання явно потягне за собою вчинення злочину або правопорушення» [3, с. 595]. Згідно зі ст. 4 ч. 2 Воєнно-кримінального кодексу Швейцарії, «підлеглий підлягає покаранню, якщо виконуючи наказ, він усвідомлював, що бере участь у вчиненні злочину або правопорушення». Це при тому, що, згідно зі ст.61 цього ж Кодексу, будь-яка особа, яка не підкорилася наказу, звернутому до неї особисто або до військового підрозділу, в якому вона несе службу, що стосувався виконання нею своїх обов'язків, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі, а під час війни така непокоря, вчинена на полі бою, карається виправними роботами або смертною карою [2, с. 129-130].

В основі вирішення питання щодо межі покори наказу, повинен лежати обов'язок особи підкорятися наказу з урахуванням ступеня усвідомлення нею правомірності дій, вчинення яких ним вимагається. При цьому необхідно враховувати, що фактичний зміст наказу (тобто, те, що вимагається вчинити і яких необхідно досягти наслідків) та оцінка його виконавцем можуть і не співпадати, тобто виконавець може помилково вважати, що наказ протиправний чи, навпаки, а це впливає на вирішення питання про його відповідальність. Іноді очевидно завищені або, навпаки, занижені оцінки, які високопоставлені особи (начальники, підлеглі) дають тим чи іншим ситуаціям, вказують на мету, що ними переслідуються, проте семантичні «розмахи» або удавана «невинність» таких оцінок не завжди відповідає юридичній реальності, а не спеціалісту, інколи і спеціалісту в цьому важко розібратися.

При оцінці межі покори отриманому наказу за нашим законодавством насамперед слід виходити з положення, закріпленого в ст.60 Конституції України, яке має принципове і вирішальне значення щодо врегулювання відносин, пов'язаних з виконанням наказу. Право на відмову від виконання наказу чи розпорядження, встановлене даною нормою, надається будь-якій особі, незалежно від характеру підпорядкованості, лише за наявності наступних умов: 1) злочинність наказу чи розпорядження; 2) явність, очевидність їх злочинності. Відсутність хоча б однієї з цих умов робить неможливим реалізацію закріпленого права на відмову підкорятися.

Отже, віддання і виконання явно злочинних наказів переслідуються законом, за ці діяння настає юридична відповідальність, а тому виконання таких наказів не може розглядатися як правовий обов'язок. У зв'язку з цим об'єктивно виникає проблема визначення: чи є той чи інший наказ обов'язковим для виконання.

Осмислення змісту правового обов'язку підкорятися зумовлює проведення ще однієї класифікації наказів на обов'язкові і необов'язкові. До речі, введення поняття обов'язкового наказу є наріжним каменем позиції автора, яку він висловлював раніше [10, с. 78-130]. Знайшла підтримку така позиція і під час прийняття нових кримінальних кодексів деяких держав – колишніх республік СРСР (республік Біларусь [11, с. 420], Киргизія [12, с. 222], Казахстан [13, с. 212], Вірменії [14, с. 54], Грузії [14, с. 54] тощо).

Висновки. Процеси вдосконалення вітчизняного кримінального законодавства, наближення його до загальноновизнаних міжнародних стандартів відобра-

жають ідею декриміналізації поведінки особи, яка відмовляється виконувати протиправний наказ. Тому виникає питання: чи можна говорити про те, що такий наказ може бути обов'язковим, адже відповідальності за його невиконання не передбачено? На наше глибоке переконання, запровадження універсальної категорії «обов'язковий наказ» розкриває повний зміст наказу, виконання якого може усувати злочинність діяння. Таким чином, є всі підстави вважати виконання, насамперед, обов'язкового наказу обставиною, що виключає злочинність діяння. Наша точка зору має на меті проведення чіткої межі між злочинним та незлочинним, тобто ми намагаємось вирішити ці суто теоретичні питання з практичного боку з урахуванням міжнародної правової практики, а тому, не претендуючи на завершеність, пропонуємо нову редакцію першої та другої частин ст. 41 КК України з урахуванням висловлених нами пропозицій: «(1) Дія або бездіяльність особи, яка заподіяла шкоду правоохоронним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена внаслідок обов'язкового наказу чи розпорядження. Відповідальність за заподіяння такої шкоди несе особа, яка віддала наказ чи розпорядження. (2) Наказ чи розпорядження є обов'язковими, якщо їх виконання є правовим обов'язком, враховуючи встановлену чинним законодавством межу покорі для їх виконавця».

Поняття «обов'язковий наказ» – ширше ніж поняття «правомірний наказ», хоча останній і завжди є обов'язковим, тим більше не співпадає воно за змістом і з поняттям «законний наказ». Критерієм поділу наказів на обов'язкові чи необов'язкові є наявність чи відсутність правового обов'язку для конкретних осіб їх виконувати (межа покорі), критерієм їх поділу на правомірні чи протиправні – є їх відповідність праву в дійсному його розумінні, а на законні і незаконні – лише їх відповідність актам національного законодавства. Оскільки правовою підставою вчинення діяння, спрямованого на виконання наказу, є сам наказ, яким приписується конкретний вид і міра обов'язкової згідно з певними нормативно-правовими актами поведінки, основною рисою виконання наказу як обставини, що виключає злочинність діяння, є наявність правового обов'язку до вчинення таких дій. Важливим, на нашу думку, є уточнення про те, що особа, яка віддала наказ, несе відповідальність за шкоду правоохоронним інтересам завдану лише внаслідок відданого нею наказу. Діючи з метою виконання наказу, як це передбачено в Кримінальному кодексі України, особа може вийти за межі, які передбачені вимогами самого наказу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Міжнародне гуманітарне право: навчальний посібник / Під заг. ред. В.П. Базова. – К. : Варта, 2000. – С. 33.
2. *Морис Обер*. Вопрос о приказах старших войсковых начальников и ответственности командиров. Пресечение нарушений Международного гуманитарного права / Сборник статей.- М. : Внешторгиздат, 1998. – С. 114-136.
3. *Давид Э*. Принципы права вооруженных конфликтов: Курс лекций юридического факультета Открытого Брюссельского университета. – М. : Международный Комитет Красного Креста, 2000. – С. 589-595.
4. Нюрнбергский процесс: право против войны и фашизма. – М., 1995.
5. *Полторак А.И.* Нюрнбергский эпилог. – М. : Воениздат, 1965. – С. 499-538.

6. *Hamburg, Brit. Mil. Crt.*, 20 Oct. 1945, A. D. 1946, 249-250.
7. Якушин В.А. Ошибка и ее уголовно-правовое значение. – Казань, 1988. – С. 33.
8. Навроцкий В.О. Теоретичні проблеми кримінально-правової кваліфікації. – К.: Атіка, 1999. – С. 394.
9. Уголовное право. Общая часть: Учебник для вузов / Отв. ред. и руковод. автор. кол-в А.Н.Игнатов, Ю.А.Красиков. – М.: Издат. группа ИНФРА. М. – НОРМА., 1998. – С. 283.
10. Дячук С. Юридична природа виконання наказу; кримінально-правова оцінка діяння особи, що віддала чи виконала протиправний наказ: дис...канд. юр. наук: 12.00.08 / Київський національний університет імені Тараса Шевченка. – К., 2000. – С. 78-130.
11. Кримінальний кодекс Республіки Білорусь (ст. 40) // Ведамасці Нацыянальнага Сходу Рэспублікі Беларусь. Выданне Нацыянальнага Сходу Рэспублікі Беларусь. – Мінск. – 1999. – № 24. – Ст. 420.
12. Кримінальний кодекс Республіки Киргизія (ст. 39) // Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики. – Бишкек, – 1998. – № 7 – Ст. 222.
13. Кримінальний кодекс Республіки Казахстан (ст. 37) // Казахстан Республикасы Парламентінін Жаршысы. Казахстан Республикасы Парламентінін басылымы. – Алматы. – 1997. – № 15-16. – Ст. 212.
14. Материалы региональной конференции «Пресечение военных преступлений на национальном и международных уровнях / Общие принципы уголовного права». – М., 29-31 мая 2000 г. – С. 54.

Дячук С.І. Імплементация норм міжнародного гуманітарного права у вітчизняний кримінально-правовий інститут обставин, що виключають злочинність діяння
У статті досліджені питання виконання законного наказу як обставини, що виключає злочинність діяння.

Ключові слова: виконання наказу, законний наказ, міжнародне гуманітарне право, воєнні злочини.

Дячук С.И. Имплементация норм международного гуманитарного права в отечественный уголовно-правовой институт обстоятельств, что исключают преступность деяния

В статье исследованы вопросы исполнения законного приказа как обстоятельства, что исключает преступность деяния.

Ключевые слова: исполнение приказа, законный приказ, международное гуманитарное право, военные преступления.

Diachuk S.I. Implementation of international humanitarian law into the national criminal legal institute of circumstances that exclude criminality

The article explores the issues of execution of a criminal order as the circumstances that exclude criminality.

Key words: execution of order, criminal order, international humanitarian law, war crimes.

Стаття надійшла до редакції 10.01.2012.