

*Миронова Валентина Олександрівна –
здобувач Дніпропетровського державного
університету внутрішніх справ*

Вдосконалення кримінального законодавства про відповідальність за порушення законів та звичаїв війни

У статті розглянуто проблемні аспекти застосування кримінального законодавства про відповідальність щодо порушення законів та звичаїв війни, вказано на суперечливість низки його положень та невідповідність їх міжнародним стандартам і запропоновано оптимальні варіанти застосування чинного кримінального законодавства, шляхи його вдосконалення.

У новому Кримінальному кодексі України (далі – КК) вперше встановлена кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни, яка передбачена ст. 438 КК Розділу XX “Злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку”.

Водночас ознаки деяких передбачених цією статтею дій мають місце в інших статтях КК України. Зокрема, кримінальна відповідальність за вчинення насильства над військовополоненими та цивільним населенням встановлена не тільки у ст. 438 КК, але й в статтях 433 та 434 КК, розташованих у Розділі XIX “Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)”.

Порівнюючи злочини, що передбачені міжнародно-правовими документами з діяннями, що передбачені статтями 433, 434 і 438 КК України, можливо констатувати, що зазначеними у цих статтях ознаками дій охоплюються заборонені міжнародно-правовими документами прояви насильства над військовополоненими та цивільним населенням в умовах збройного конфлікту. Проте, така законодавча конструкція породжує складні проблеми кваліфікації цих злочинів.

Перш за все, постає питання щодо кваліфікації зазначених у міжнародно-правових документах форм насильства відносно військовополонених та цивільного населення з позиції конкуренції або колізії норм КК. Норми, що передбачені ст.ст. 433, 434 КК, можливо вважати спеціальними за ознакою спеціального суб’єкта злочину (військовослужбовця), відносно ст. 438 КК, що передбачає вчинення цього злочину загальним суб’єктом. Якщо вважати так, тоді такий вид конкуренції прийнято вирішувати згідно з загальноприйнятим у теорії кримінального права принципом: при конкуренції загальної і спеціальної норм застосовується норма спеціальна, що найбільшою мірою відображає специфіку та особливості даного злочинного діяння.

Отже, у всіх випадках вчинення військовослужбовцем під час збройного конфлікту в районі воєнних дій насильства над цивільним населенням такі дії слід кваліфікувати за ст. 433 КК “Насильство над населенням у районі воєнних дій”, а випадки вчинення насильства над військовополоненими – відповідно за ст. 434 КК “Погане поводження з військовополоненими”. Отже у випадку, якщо такі дії вчинені не в районі бойових дій і не військовослужбовцем то їх слід кваліфікувати за ст. 438 КК як жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням.

Проте, така позиція бачиться досить спірною. По-перше, жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, що передбачене ст. 438 КК однією з форм порушення законів та звичаїв війни, тобто суб’єктом цього злочину, у більшості випадків, є особа, що приймає участь у збройному конфлікті –

військовослужбовець. По-друге, санкція ст. 433 КК передбачає позбавлення волі на строк від трьох до восьми років, а ч. 2 ст. 433 КК – від семи до десяти років, санкція ст. 434 КК – до трьох років, а санкція ч. 1 ст. 438 КК – від восьми до дванадцяти, ч. 2 ст. 438 КК – від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі. Виходить, що насильство, вчинене військовослужбовцем під час збройного конфлікту у районі воєнних дій відносно цивільного населення, є менш небезпечним злочином ніж насильство відносно цивільного населення під час збройного конфлікту, вчинене іншими особами, що, безперечно, не може бути об'єктивним. Якщо порівнювати санкції ст. 434 КК і ст. 438 КК, то взагалі виходить, що погане поводження з військовополоненим, що мало місце неодноразово, або пов'язане з особливою жорстокістю, вчинене військовослужбовцем (ст. 434 КК), є менш небезпечним злочином відносно жорстокого поводження з військовополоненими вчинених не військовослужбовцем (ст. 438 КК).

Таким чином, кваліфікація випадків вчинення насильства над військовополоненими та цивільним населенням під збройний конфлікт за правилами конкуренції норм (за ознакою спеціального суб'єкта) вбачається досить дискусійною.

Можливо розрізнити злочини, що передбачені ст.ст. 433, 434, 438 КК за ознакою обстановки вчинення – збройний конфлікт. Відповідно до чинних норм міжнародного права виділяються два види збройних конфліктів: 1) міжнародні збройні конфлікти; 2) збройні конфлікти неміжнародного характеру.

Виходячи з такої позиції, слід вважати обстановку вчинення злочину – збройний конфлікт міжнародного характеру – обов'язковою для злочину передбаченого ст. 438 КК, а збройний конфлікт неміжнародного характеру – ст.ст. 433, 434 КК. Отже, у випадку вчинення насильства військовослужбовцем над цивільним населенням під час збройного конфлікту неміжнародного характеру такі дії слід охоплювати ст. 433 КК “Насильство над населенням у районі воєнних дій”, а вчинення насильства військовослужбовцем над військовополоненими та цивільним населенням під час збройного конфлікту міжнародного характеру – ст. 438 КК.

Проте така позиція також уявляється недосконалою. По-перше, міжнародно-правові документи, зокрема Женевська конвенція 1949 року про захист жертв війни, хоч і розрізняє збройні конфлікти на міжнародні та неміжнародні, проте однаково передбачають відповідальність за насильство над військовополоненими та цивільним населенням, не залежно від того, відбувається воно під час збройного конфлікту міжнародного, або неміжнародного характеру. По-друге, – як вже було зазначено, санкції ст. 433 КК та ст. 438 КК досить не рівнозначні, а тому вважати, що насильство вчинене військовослужбовцем під час збройного конфлікту неміжнародного характеру відносно цивільного населення (ст. 433 КК), є менш небезпечним злочином, ніж таке ж саме насильство відносно цивільного населення під час збройного конфлікту міжнародного характеру (ст. 438 КК), що не представляється вірним.

Таким чином, слід констатувати, що така законодавча конструкція створює значні проблеми з кваліфікацією цих злочинних дій. Вбачається, що встановлення кримінальної відповідальності за насильство над військовополоненими та цивільним населенням одночасно у трьох статтях КК (ст.ст. 433, 434, 438 КК) є невиправданим і створює суттєві складнощі при дотриманні Україною взятих на себе зобов'язань відповідно до Женевської конвенції 1949 року та інших міжнародних договорів, тому, на нашу думку, слід виключити з КК України статті 433 та 434 КК, що дозволить кваліфікувати всі ці дії виключно за статтею 438 КК України, яка відповідно до міжнародних норм передбачає відповідальність за порушення законів та звичаїв війни.

Але в умовах, коли поки ще існує неузгодженість в чинному КК України статей 433, 434 та 438 КК, відмежування їх слід здійснювати за двома обов'язковими ознаками: 1) за суб'єктом злочину і 2) за характером збройного конфлікту (міжнародний чи неміжнародний). За статтями 433 та 434 КК діяння повинні

кваліфікуватися, коли злочини вчинені військовослужбовцями та в умовах збройного конфлікту неміжнародного характеру. У всіх інших випадках діяння повинні кваліфікуватися за статтею 438 КК України.

Водночас виникають певні питання кримінальної відповідальності за віддання злочинного наказу при порушенні законів та звичаїв війни. Відповідно до ч. 2 ст. 60 Конституції України за віддання і виконання явно злочинного розпорядження чи наказу настає юридична відповідальність. Відповідно до 36 Статуту внутрішньої служби Збройних сил України “Командир (начальник) відповідає за відданий наказ, його наслідки та відповідність законодавству, а також за невжиття заходів для його виконання, за зловживання, перевищення влади чи службових повноважень. За віддання і виконання явно злочинного наказу (розпорядження) винні особи притягаються до відповідальності згідно із законом” [1]. Теж саме встановлюється і у ч. 2 ст. 6 Дисциплінарного статуту Збройних сил України – “Відповідальність за наказ несе командир, який його віддав” [2].

Якщо такі діяння відбуваються за прямим наказом військового начальника останній відповідно до ст. 438 КК, підлягає кримінальної відповідальності як виконавець за віддання наказу про вчинення дій, що порушують закони та звичаї війни. Його підлеглі відповідатимуть за конкретні види порушення законів та звичаїв війни. Складніше вирішується питання у тому разі, якщо підлеглі порушують відповідні правила ведення збройних конфліктів без прямого наказу військового начальника, але з його явно вираженого схвалення або мовчазної згоди.

Так, відповідно до ст. 87 Додаткового протоколу до Женевської конвенції 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року (далі-Додатковий протокол I) “високі договірні сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від воєнних командирів, оскільки це стосується осіб, які входять до складу підлеглих їм збройних сил, та інших підлеглих їм осіб, щоб вони не допускали порушень Конвенцій і цього Протоколу і, в разі потреби, припиняти ці порушення та повідомляти про це компетентним властям.

З метою запобігання порушенням і їх припинення Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати, щоб особи, які входять до складу підлеглих їм збройних сил, були обізнані з обов’язками, що покладаються на них Конвенціями і цим Протоколом.

Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від кожного командира, який знає про те, що його підлеглі чи інші особи, що перебувають під його контролем, мають намір вчинити або вчинили порушення Конвенцій або цього Протоколу, вжиття необхідних заходів щодо запобігання подібним порушенням Конвенцій або цього Протоколу і, за потреби, щодо порушення дисциплінарного чи кримінального переслідування проти тих, хто вчинив такі порушення” [3].

Отже Додатковий протокол I вимагає від “командирів” та “начальників” контролювати своїх підлеглих та вживати необхідних заходів щодо запобігання порушенням конвенцій. У випадку вчинення таких порушень “командир” або “начальник” повинен вжити заходів дисциплінарного чи кримінального переслідування проти тих, хто вчинив такі порушення.

“Той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу було вчинене підлеглою особою, – зазначено у ч. 2 ст. 86 Додаткового протоколу I, – не звільняє її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності в разі, якщо вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір вчинити подібне порушення, і якщо вони не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або перепинення цього порушення” [3].

Слід зазначити, що Римський статут міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 року (далі – Римський статут) уточнює умови відповідальності

військового командира за дії підлеглих. “Військовий командир або особа, що ефективно діє в якості військового командира, – зазначено у ст. 28 Римського статуту, – підлягає кримінальній відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені силами, що перебувають під його ефективним командуванням і контролем або, в залежності від обставин, під його ефективною владою й контролем, у результаті нездійснення їм контролю належним чином над такими силами, коли:

а) такий військовий командир або така особа або знала, або, в обставинах, що склалися на той момент повинна було знати, що ці сили вчиняли або мали намір вчинити такі злочини; і

б) такий військовий командир або така особа не прийняла усіх необхідних і розумних заходів у рамках його повноважень для запобігання або припинення їхнього вчинення або для передачі даного питання в компетентні органи для розслідування й кримінального переслідування (ч. 1 ст. 28).

Стосовно відносин начальника й підлеглого, не описаним у пункті 1, начальник підлягає кримінальній відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені підлеглими, що перебувають під його ефективною владою й контролем, у результаті нездійснення їм контролю належним чином над такими підлеглими, коли:

а) начальник або знав, або свідомо проігнорував інформацію, що явно вказувала на те, що підлегли робили або мали намір вчинити такі злочини;

б) злочини торкалися діяльності, що підпадає під ефективну відповідальність і контроль начальника; і

с) начальник не вжив всіх необхідних і розумних заходів в рамках його повноважень для запобігання або припинення їх вчинення або для передачі даного питання в компетентні органи для розслідування й кримінального переслідування (ч. 2 ст. 28)” [4].

У проєкті Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства є спеціальна норма про відповідальність начальника, відповідно до якої “факт вчинення злочину проти миру й безпеки людства підлеглим не звільняє його начальника від кримінальної відповідальності, якщо вони були в курсі справи або мали інформацію, що дозволяє їм у тих обставинах зробити висновок про те, що цей підлеглий вчинив або збирається вчинити такий злочин, і якщо вони не прийняли всі можливі заходи, які вони могли прийняти з метою попередження або припинення цього злочину” [5].

Крім, того, така позиція впливає, зокрема, із судових рішень військових трибуналів. Так, міжнародний військовий трибунал для Далекого Сходу засудив до смертної страти колишнього командуючого японської армії у Китаї генерала І. Мацуї, за звірства, що були вчинені японськими військами при захопленні Нанкіна у грудні 1937 року (там було вбито більш 200 тис. чоловік). Сам Мацуї в цьому участі не брав і ніяких розпоряджень не давав. Проте у вироку вказувалося, що Мацуї “мав достатню владу для того, щоб встановити контроль над своїми військами і захищати нещасних жителів Нанкіна. Це був його обов’язок. Він повинен бути притягнутий до кримінальної відповідальності за те, що він не виконав свій обов’язок” [6]. Таж сама позиція була продемонстрована військовим трибуналом у справі японського генерала Ямашіти, який був притягнутий до кримінальної відповідальності, та страчений за воєнні злочини, вчинені його підлеглими під час окупації Філіппін. Хоча, проти Ямашіти не було висунуто прямих особистих обвинувачень, проте було зазначено, що довірені йому війська без його контролю, систематично порушували закон, у багатьох випадках під доглядом японських офіцерів. Всього, за період жовтень-грудень 1945 року японськими військами було вчинено 123 воєнних злочинна. У цьому списку значиться спрямований план по знищенню більшої частини населення провінції Батангас зокрема: вбивство більше 25000 чоловік цивільного населення, включаючи жінок і дітей, знищення без військової необхідності населених пунктів, вбивства військовополонених, мародерство й руйнування релігійних пам’ятників [7].

Слід зазначити, що у випадку, якщо військовий начальник не віддавав наказу вчиняти своїм підлеглим дій, що порушують закони та звичаї війни, не був проінформований про їх вчинення підлеглими, особисто дій, що порушують закони та звичаї війни не вчиняв, а лише тільки не контролював поведження своїх підлеглих та не вжив відповідних заходів у межах своїх повноважень для відвернення або перепинення цього порушення він не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни відповідно до КК. В даному разі може йтися лише про вчинення такого злочину, як службова недбалість, але не про свідому участь у порушенні законів та звичаїв війни. Проте, злочин, що передбачений ст. 438 КК, кримінальну відповідальність за службову недбалість військового начальника у випадку порушення, його підлеглими законів та звичаїв війни, не встановлює. Не встановлюється у цьому випадку кримінальна відповідальність і для керівника організованих рухів опору, приналежних стороні, що перебуває у конфлікті. Слід зазначити, що, по-перше, такий стан не відповідає положенням ст. 86 Додаткового протоколу I та ст. 28 Римського статуту. По-друге, у разі вчинення такої недбалості військовим начальником то його дії можуть бути кваліфіковані за ч. 3 ст. 425 КК, але ця стаття повинна вирішувати, як було вже встановлено раніше, здебільшого питання відповідальності військовослужбовців під час збройних конфліктів неміжнародного характеру, питання вчинення таких дій керівником організованих рухів опору які, не є військовослужбовцями, взагалі не вирішується.

Тому з метою удосконалення відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, пропонуємо у ст. 438 КК встановити *кримінальну відповідальність за недбалість військового начальника або керівника організованого руху опору, якщо це спричинило порушення законів та звичаїв війни підлеглими*, та передбачити це в окремій частині цієї статті в якості самостійного складу злочину.

Список використаних джерел

1. *Про Статут* внутрішньої служби Збройних Сил України: Закон України від 24 березня 1999 р. № 548-XIV // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 22–23 – Ст. – 197.
2. *Про Дисциплінарний статут* Збройних Сил України від 24 березня 1999 р. № 551-XIV // Відомості Верховної Ради. – 1999. – № 22–23. – Ст. – 197.
3. *Додатковий* протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року: <[http:// zakon.rada.gov.ua](http://zakon.rada.gov.ua)>.
4. *Римський* статут міжнародного кримінального суду (Рим, 17 липня 1998 року): <<http://zakon.rada.gov.ua>>.
5. *Матеріали* ООН. Генеральна Ассамблея: Офіц. отчеты, 49-ая сессия. А/49/10. Нью-Йорк, 1994. – С. 138.
6. *Международное уголовное право*. Учеб. пособие / Под общ. ред. В.Н. Кудрявцева: 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Наука. 1999. – С. 70–71
7. *Falk R. Crimes of War*, New-York, 1967, p. 542–614.

The article is devoted to the problems of using the criminal legislation about the responsibility concerning the violation of the laws and customs of war. The author specifies inconsistency of a number of its provisions and their non-conformity to the international standards and offers the optimum alternatives of using the criminal legislation, the ways of its improvement.