ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ: ПИТАННЯ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

МЕЛЬНИЧУК Андрій Ігорович - практикуючий юрист
МЕЛЬНИЧУК Світлана Миколаївна - доктор юридичних наук, професор, Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, кафедра державно-правових дисциплін
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7270-040X
УДК 344.2
DOI 10.32782/LAW.UA.2022.2.9

Стаття присвячена проблемам, пов'язаним з порушенням законів та звичаїв війни. Проаналізовано систему міжнародних договорів, звичаїв, принципів, які складають міжнародне гуманітарне право. Встановлено, що закони та звичаї війни – це сукупність заборон, які спрямовані на обмеження воюючих сторін в насильстві та жорстокості. Запропоновано низку системних напрацювань щодо конкретизації складу злочинів, передбачених статтею 438 Кримінального кодексу України, визначення ступеня їх суспільної небезпеки, внесення доповнень до означеної статті, які стосуються неміжнародних збройних конфліктів.

Ключові слова: збройний конфлікт, воєнні злочини, міжнародне гуманітарне право, право Женеви, право Гааги, юридична кваліфікація, Міжнародний кримінальний суд, комбатанти, кримінальна відповідальність.

Постановка проблеми

Збройна агресія з боку Російської Федерації, яка триває в Україні з 2014 року і переросла в повномасштабну війну, опосередковується в тому числі й участю недержавних збройних формувань (ЛНР, ДНР під контролем РФ), характеризується з боку агресора надзвичайною жорстокістю як до військових, так і до цивільного населення, використанням заборонених видів зброї, ускладненим доступом до людей, які потребують допомоги, масштабними руйнуваннями інфраструктури тощо. Після деокупації окремих міст та сіл світ побачив криваві злочини Росії – тотальне порушення законів та звичаїв війни. У зв'язку з цим ще на початку березня Міжнародний кримінальний суд розпочав розслідування воєнних злочинів Російської Федерації в Україні. Водночас через стрімке зростання їх кількості та відсутності конкретизації в статті 438 Кримінального кодексу України, які саме порушення міжнародних договорів з міжнародного гуманітарного права криміналізуються нею, виникають питання їх належної юридичної кваліфікації.

Стан дослідження проблеми

Слід зазначити, що проблематика порушення законів та звичаїв війни має свою специфіку, а з моменту повномасштабного вторгнення та його реаліями, недостатньо пропрацьована з боку теоретиків кримінального права. Разом з тим слід відмітити роботи методичного та аналітичного характеру, зокрема Батюка О. й Дмитрів С., Назарчука І., Коваль Д. й Авраменко Р. та інших, де розглядалися питання особливостей розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі, складності розслідування і притягнення до відповідальності винних у скоєнні воєнних злочинів, організації розслідування військових злочинів.

Мета і завдання дослідження

Мета статті полягає в з'ясуванні проблемних питань юридичної кваліфікації діянь, що передбачені ст. 438 Кримінального

кодексу України порушення законів та звичаїв війни. Для досягнення цієї мети слід проаналізувати стан досліджуваної проблеми, сформувати чітке уявлення про порушення законів та звичаїв війни; внести пропозиції, які сприятимуть правозастосовній практиці у досліджуваній сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження з обгрунтуванням отриманих результатів

Воєнні злочини – це серйозні порушення міжнародного гуманітарного права (принципів, норм, правил, законів та звичаїв війни, що діють під час воєнних дій і поширюються на сторони конфлікту); порушення заборон, що містяться не тільки в договірному, але й у звичаєвому праві, яке не оцінює правомірність збройного конфлікту, однаково може застосовуватися як до агресора, так і до жертви. Тому що основне їх покликання – це обмеження воюючих сторін в насильстві, яке перевищує обсяг, необхідний для ослаблення військової моці супротивника, та по відношенню до тих, хто не бере або припинив брати участь у конфлікті.

В літературі зазвичай такі обмеження поділяють умовно на два блоки, які іменують «правом Женеви» і «правом Гааги».

Так зване «Право Женеви» складають Женевські конвенції, зокрема такі, як Женевська конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (1949); Женевська конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, з складу збройних сил на морі (1949); Женевська конвенція про поводження з військовополоненими (1949); Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни (1949), які діють разом з додатковими протоколами і складають основну частину міжнародного гуманітарного права. Вони є самостійними міжнародними документами, підписантами яких є всі держави. В цьому полягає унікальність цих конвенційних норм, порушення яких кваліфікується як воєнний злочин, оскільки вони спрямовані на обмеження насильства під час війни.

Так, наприклад, згідно з положеннями Конвенції про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях слід за будь-яких обставин гуманно ставитися до осіб, які не беруть активної участі у воєнних діях, зокрема до тих осіб зі складу збройних сил, які склали зброю, а також тих, які припинили участь у воєнних діях у зв'язку з хворобою, пораненням, триманням під арештом чи з будь-якої іншої причини, без будь-якої дискримінації за ознаками раси, кольору шкіри, релігії чи вірування, статі, походження чи майнового стану чи будь-якими іншими аналогічними критеріями. Заборонено вчиняти стосовно зазначених вище осіб такі дії: насилля над життям та особистістю, зокрема всі види вбивств, завдання каліцтва, жорстоке поводження й тортури; захоплення заручників; наругу над людською гідністю, зокрема образливе та принизливе ставлення; засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії, визнані цивілізованими народами як необхідні. Слід підбирати поранених і хворих та надавати їм допомогу [1].

Слід зазначити, що саме ці конвенції поруч з Додатковим протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року зобов'язують держави криміналізувати порушення законів та звичаїв війни в національному законодавстві. Більше того, він розширює перелік серйозних порушень Женевських конвенцій, додаючи до нього такі діяння: перетворення цивільного населення чи окремих цивільних осіб або місцевостей, що не обороняються, і демілітаризованих зон на об'єкти нападу; вчинення нападу невибіркового характеру, що зачіпає цивільне населення чи цивільні об'єкти, коли відомо, що такий напад стане причиною великої кількості смертей, поранень серед цивільних осіб; вчинення нападу на установки або споруди, що містять небезпечні сили, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних смертей, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам; вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у воєнних діях; віроломне

використання емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця; переміщення державою-окупантом частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього чи частини населення окупованої території в межах цієї території чи за її межі; невиправдане затримування репатріації військовополонених чи цивільних осіб; застосування практики апартеїду, інших негуманних і таких, що принижують, дій, заснованих на расовій дискримінації, які зневажають гідність особи; вчинення нападу на ясно розпізнані історичні пам'ятки, твори мистецтва або місця відправлення культу, які є культурною або духовною спадщиною народів і яким спеціальною угодою, укладеною, наприклад, у межах компетентної організації, надається особливий захист, внаслідок чого вони зазнають великих руйнувань; позбавлення захищених осіб права на неупереджене і нормальне судочинство (ст. 85 ДП І) [2].

Щодо «права Гааги», то в його основу лягли конвенції, спрямовані на обмеження засобів і методів ведення війни, зокрема й Гаазька конвенція про закони і звичаї війни від 1907 р., яка вважається основною, а її положення стосуються військових законів, прав і обов'язків які застосовуються не лише до армій, але й також до ополчення та добровольчих загонів, якщо вони відповідають певним умовам.

Римський статут Міжнародного кримінального суду, юрисдикція якого обмежується найсерйознішими злочинами, що викликають занепокоєння всієї міжнародної спільноти, зокрема воєнними, визначає такі порушення серед воєнних злочинів у збройних конфліктах міжнародного та неміжнародного характеру, як зазіхання на життя, фізичну недоторканність, зазіхання на людську гідність, взяття заручників і порушення права на справедливий суд, а також інші серйозні порушення законів та звичаїв війни [3]. Але слід зазначити, що Римський статут Міжнародного кримінального суду є неофіційною кодифікацією і перелік правопорушень, що міститься в ньому, є дещо іншим, не охоплює ті, що визначені в Женевських конвенціях від 12 серпня 1949 року та Додатковому протоколі до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол І), від 8 червня 1977 року.

Загалом зміст міжнародного гуманітарного права розкривається в значній кількості звичаєвих норм, міжнародних договорів, зокрема й тих, що направлені на забезпечення дотримання його положень (Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності 1968р., Конвенція про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 р.) та базується на загальному принципі «елементарних засадах гуманності», який відображений і в інших принципах, зокрема принципі рівноправності, принципі відсутності взаємності, принципі гуманності, принципі пропорційності, принципі попередження, принципі розрізнення. Ці принципи забезпечують єдність і системність норм міжнародного гуманітарного права

Разом з тим, міжнародне гуманітарне право є однаковим для всіх сторін збройного конфлікту – як тих, хто вдається до застосування сили законно, так і тих, хто робить це незаконно. Відповідно, існує нагальна потреба у збереженні історичного розрізнення jus in bello та jus ad bellum. Міжнародного гуманітарного права слід дотримуватися незалежно від будь-яких міркувань jus ad bellum. Будь-які твердження про наявність чи відсутність акту агресії, (не)правомірність застосування сили, реалізацію права на самооборону, силові дії за санкцією Ради Безпеки ООН, «гуманітарну інтервенцію» тощо не можуть бути виправданням порушень міжнародного гуманітарного права будь-якою зі сторін конфлікту. Повне розрізнення jus in bello та jus ad bellum означає, що міжнародне гуманітарне право застосовується всюди, де фактично відбувається збройний конфлікт, і що жодні аргументи зі сфері jus ad bellum не можуть використовуватися для його тлумачення [4, с. 8].

В основі міжнародного гуманітарного права лежить баланс між міркуваннями військової необхідності і вимогами гуманності. Воно чітко встановлює, що військова необхідність повинна урівноважуватись принципом гуманності, суть якого полягає у тому,

що не можна застосовувати більше насильства, ніж те, що є необхідним для досягнення цілі війни – ослаблення моці супротивника [5, с.70].

Окрім зазначених в літературі, виокремлюються й такі категорії принципів, а саме: принципи ведення воєнних дій; принципи, що визначають поводження з особами, які перебувають під владою противника. До першої категорії відносять: принцип відмінності між комбатантами і некомбатантами, спрямований на захист цивільного населення та цивільних об'єктів і визначає відмінності між воюючими та невоюючими; держави ніколи не повинні обирати цивільних осіб як об'єкт нападу і, відповідно, ніколи не повинні застосовувати зброю, яка не дає змоги відрізнити цивільні об'єкти від воєнних. Принцип заборони на застосування зброї, що завдає надмірних ушкоджень або страждань. Принцип захисту жертв війни, що міститься в застереженні Мартенса, де сказано, що «населення та воюючі сторони перебувають під захистом принципів міжнародного права, що випливають з усталених звичаїв, встановлених між цивілізованими націями, законів людяності та вимог суспільної свідомості...» [6].

Слід звернути увагу на принцип розрізнення між воюючими і невоюючими (розрізнення за суб'єктами), а також між військовими і цивільними об'єктами (розрізнення за об'єктами). Цей принцип відіграє важливу роль під час кваліфікації діянь особи як порушення законів і звичаїв війни.

Учасники воєнних дій можуть бути законними – тільки вони є комбатантами, і «незаконними», тобто такими, що беруть участь у воєнних діях, але не мають на це права чи діють обманним способом. Комбатанти мають імунітет за вбивства комбатантів супротивника і притягатися до відповідальності за воєнні злочини можуть тільки за порушення норм міжнародного гуманітарного права, тобто саме комбатанти є суб'єктом воєнних злочинів.

Держава Україна, виконуючи вимоги міжнародних документів держави криміналізувала серйозні порушення міжнародного гуманітарного права в національному законодавстві шляхом внесення до Кримінального кодексу України статті 438 «Порушення законів та звичаїв війни» (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, в тому числі якщо вони поєднані з умисним вбивством) [7].

Тому порушення законів та звичаїв війни слід розглядати як воєнний злочин, який характеризується подвійною протиправністю, забороненим нормами як національного, так і міжнародного кримінального права, а самий виклад норм носить бланкетний характер з відправкою до міжнародного гуманітарного права.

Оскільки безпосереднім об'єктом злочину, передбаченого ст. 438 Кримінального кодексу України, є регламентовані міжнародним правом правила та обов'язки ведення війни, то під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв ведення війни у кожному конкретному випадку виникає потреба звернення до міжнародного гуманітарного права, з обов'язковим посиланням на норми і правила конвенцій, додаткові протоколи до них чи норми звичаєвих правил, тому що вони розкривають зміст об'єктивної сторони злочину, передбаченого статтею 438 Кримінального кодексу України..

Окрім цього, в правозастосовній практиці існують невирішені питання про форми виявлення об'єктивної сторони цього злочину, ознаки його суб'єктивної сторони, відмежування від інших складів злочинів. В міжнародному гуманітарному праві є особливе ставлення до воєнних злочинів з точки зору доведення винуватості особи, яке завжди пов'язане із встановленням контекстуального аспекту. Контекстуальний елемент є найскладнішим. Контекст повинен бути пов'язаний з воєнним конфліктом, а інкримінованое кримінальне правопорушення

має бути в контекстуальному, причинному і логічному зв'язку з вчиненими діяннями, незважаючи на те, в чому це діяння виявляється [8].

Важливим моментом є й отримання статусу потерпілого у межах кримінального провадження.

Залишається дискусійним питання щодо застосування ст. 438 Кримінального кодексу України з моменту здійснення збройної агресії у 2014 році, чи тільки до тих діянь, які вчинені після оголошення воєнного стану відповідно до Указу Президента України від 24 лютого 2022 року № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні». Оскільки Міжнародний кримінальний суд не визнає міжнародним збройним конфліктом війну на Сході України, якщо не буде доведено факт повного контролю РФ над «ЛНР, ДНР».

Тож на часі внесення змін до статті 438 Кримінального кодексу України, оскільки її норми стосуються порушення законів та звичаїв збройних конфліктів лише міжнародного характеру, в той час, коли вони за своїм змістом споріднені з порушеннями в неміжнародному збройному конфлікті, хоча вони й мають свої особливості. Юридично вони розглядаються як окремі, про це свідчать положення Додаткового протоколу II 1977 р. до Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 р. та Римського статуту Міжнародного кримінального суду.

Нині Україна використовує більше 10 механізмів розслідування воєнних злочинів російських військ. Окрім Міжнародного кримінального суду, залучаються також універсальні юрисдикції з європейських країн (будь-яка держава може притягнути особу до кримінальної відповідальності за воєнні злочини, незважаючи на місце скоєння злочину, громадянство суб'єкта злочину чи його жертви) та об'єднані команди розслідувачів, які працюють спеціально для Міжнародного кримінального суду, а створений «Департамент війни» координує всі органи, які збирають докази воєнних злочинів.

Висновки

Отож закони та звичаї війни – це значний масив міжнародних норм, принципів, звичаїв, які в тій чи іншій мірі визнаються практично всіма державами та окреслюють межі поведінки та засоби воюючих сторін (і в такий спосіб регулюється жорстокість збройних конфліктів).

В процесі застосування норм ст. 438 Кримінального кодексу України слід орієнтуватися на практику міжнародного кримінального суду, положення міжнародних договорів.

Зважаючи на узагальнений виклад ст. 438 Кримінального кодексу України, відсутність достатньої практики її застосування, в тому числі й судової, варто не тільки конкретизувати склади злочинів, але й визначити ступінь їх суспільної небезпеки.

За скоєння воєнних злочинів передбачено кримінальну відповідальність, до якої не застосовується давність притягнення та виконання обвинувального вироку, тому що безпосереднім його об'єктом є мир та міжнародний правопорядок. При цьому розслідування та притягнення винних до відповідальності є перш за все обов'язком держави Україна.

Нині спостерігається відсутність поваги агресора до правових норм міжнародного гуманітарного права та міжнародних інституцій. І це як видається пов'язано, насамперед, з недосконалістю міжнародних механізмів її забезпечення.

Література

1. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (1949): Конвенція; Міжнародний документ № 995_151 від 03.07.1954 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text

2. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року: Протокол, Міжнародний документ, Правила № 995_199. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_199

3. Римський статут міжнародного кримінального суду: Статут, Міжнародний документ № 995_588 від 17.07. 1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_588

4. Гнатовський М.М., Короткий Т.Р., Хендель Н.В. Міжнародне гуманітарне пра-

во. Довідник для журналістів. 2-ге вид., доповн. Одеса: Фенікс, 2015. 92 с.

5. Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти : навч. посіб. Київ: ФОП Голембовська О.О., 2018. 208 с.

6. Міжнародне публічне право: підручник за ред. проф. В.М. Репецького; Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка, Ф-т міжнар. відносин. 2-е вид., стер. К.: Знання, 2012. 437 с.

7. Кримінальний кодекс України: Закон; Кодекс № 2341-III від 05.04.2001. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text

8. Анісімов Г. Під час кваліфікації дій особи як порушення законів та звичаїв війни важливим є встановлення контекстуального аспекту. 2022. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1291154/

Melnychuk Andrii Ihorovych, practicing lawyer
Melnychuk Svitlana Mykolaivna, doctor of Law, professor, Luhansk State University of Internal Affairs named after E.O. Didorenko, Department of State and Legal Disciplines
e-mail: smmelnichyk@gmail.com

VIOLATIONS OF THE LAWS AND CUSTOMS OF WAR: THEORY AND PRACTICE QUESTION

The article discusses problematic issues of violation of the laws and customs of war. The purpose of the article is to clarify problematic issues of the legal qualification of acts provided for in Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine, violation of the laws and customs of war. Philosophical, general scientific conceptual approaches, as well as approaches and methods, which are characteristic of modern legal science and were demanded by the problem, became the methodological basis of scientific work. During the analysis of the system of international treaties, customs, and principles that make up international humanitarian law, it was established that the laws and customs of war are a set of prohibitions contained not only in treaty law, but also in customary law, aimed at limiting the warring parties in violence, which exceeds the amount necessary to weaken the military power of the adversary, and in relation to those who do not take or have stopped participating in the conflict. It was found that the principles of equality, non-reciprocity, humanity, proportionality, prevention, distinction ensure the unity and systematicity of the norms of international humanitarian law. The principle of distinguishing between combatants and non-combatants (distinction by subjects), as well as between military and civilian objects (distinction by objects) deserves special attention when qualifying the actions of a person as a violation of the laws and customs of war. Combatants, as legal participants in hostilities, are subject to war crimes. It has been studied that the convention norms oblige the states to criminalize the violation of the laws and customs of war in the national legislation, given that the investigation and bringing the perpetrators to justice for war crimes is primarily the duty of the state on the territory of which the armed conflict is taking place. It has been established that international humanitarian law also provides for universal jurisdiction under which any state can bring a person to criminal responsibility for war crimes, regardless of the place where the crime was committed, the nationality of the subject of the crime or its victim. It is substantiated that the application of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine requires systematic development, in particular, specifying the composition of crimes, determining the degree of their social danger, making additions that relate to non-international armed conflicts. In connection with the lack of stable law enforcement practice on these issues and the blanket nature of Article 438 of the Criminal Code of Ukraine, it is suggested to focus on the practice of the international criminal court, the provisions of international treaties; for Ukraine to ratify the Rome Statute of the International Criminal Court, which will give more mechanisms (the right to be a member of the Assembly of States Parties to the ICC, to participate in the elections of the Prosecutor of the International Criminal Court, to put issues on the agenda of the Assembly and to take an active part in its work) for the investigation of war crimes and punishment for them.

Key words: armed conflict, war crimes, international humanitarian law, Geneva law, Hague law, legal qualification, International Criminal Court, combatants, criminal liability.