

3. Комітет НААУ захисту прав людини провів круглий стіл на тему: «Досвід застосування відновного правосуддя у країнах Європи: погляд адвоката». [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://unba.org.ua/news/print/5707-komitet-naau-zahistu-prav-lyudini-proviv-kruglij-stil-na-temu-dosvid-zastosuvannya-vidnovnogo-pravosuddya-u-krainah-evropi-poglyad-advokata.html> (дата звернення: 12.05.2023)

4. Светлічний І. В., Зейкан Я. П. Практика проваджень в антикорупційних справах: наук.-практ. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2020. 452 с.

5. Микитин Ю. І. Відновне правосуддя у кримінальному процесі: міжнародний досвід та перспективи розвитку в Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2010. 20 с.

6. Сайт «Інститут миру і порозуміння» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://ij.org.ua/> (дата звернення: 12.05.2023)

7. Сайт «Безоплатна правова допомога» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://legalaid.gov.ua/publikatsiyi/vidnovne-pravosuddya-meta-ta-etapy-realizaciyi/> (дата звернення: 12.05.2023)

DOI <https://doi.org/10.36059/978-966-397-314-2-86>

## **VIOLATIONS OF THE LAWS AND CUSTOMS OF WAR: GENERAL PROVISIONS “JUS AD BELLUM”**

### **ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ І ЗВИЧАЇ ВІЙНИ: ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ “JUS AD BELLUM”**

**Toma M. G.**

*Ph.D. (in Law), Associate Professor,  
Associate Assistant at the Department  
of Criminal Law  
Yuriy Fedkovych Chernivtsi  
National University  
Chernivtsi, Ukraine*

**Томас М. Г.**

*кандидат юридичних наук, доцент,  
асистент кафедри  
кримінального права  
Чернівецький національний  
університет імені Юрія Федьковича  
м. Чернівці, Україна*

З початку збройного конфлікту починаючи з 2014 року українська влада неодноразово заявляла про порушення Росією різноманітних міжнародних договорів на окупованих територіях анексованого Криму, Донецької та Луганської областей. Після повномасштабного вторгнення російських військ в Україну таких заяв побільшало. Наслідки російських атак і окупації на Київщині, Сумщині, в Харкові та

Маріуполі, «кричущі» докази із захоплених Херсона та Мелітополя стали головними новинами України за останній рік. Вони викликають страх, ненависть та огиду.

Після звільнення Бучі, Ірпеня та Гостомеля людству представили докази кривавих злочинів РФ. Розстріляні й закатовані цивільні серед яких й малолітні діти, чий тіла в кращому випадку скидали до братських могил, а нерідко – залишали просто посеред вулиць, як доказ нелюдських вчинків. Зруйновані та пограбовані будинки, спустошені та вщент винищені міста.

Повномасштабна збройна агресія постала проблемою адекватної правової оцінки діям окупанта, що мають місце на окупованих та де окупованих територія України, та злочинним діянням РФ в цілому, як з позицій вітчизняного законодавства так і позицій міжнародно-правових актів. Насамперед мова йде про чотири Женевські конвенції (1946 року), положення яких регламентують, про захист жертв війни, які присвячені поліпшенню долі поранених і хворих у діючих арміях, поводженню з військовополоненими, захисту цивільного населення під час війни, захисту жертв збройних конфліктів та ін. [1]. Правова оцінка дій окупантів важлива не лише з точки зору притягнення винних до відповідальності за воєнні злочини а й для кваліфікації дій з боку міжнародного гуманітарного права, що надасть можливість створити відповідну модель дій держави в сфері захисту всіх груп населення на окупованих рашистами територіях. Здебільшого це стосується питання евакуації цивільного населення, створення умов для надання гуманітарної допомоги тощо.

На сьогоднішній день страшні реалії які відбуваються в Україні доводять надважливість дотримання під час збройних конфліктів та ведення бойових дій принципів верховенства права, визнання людини і громадянина як найвищою цінністю. Тому й людство створило на міжнародному рівні відповідні правила ведення війни, що вважаються загально визнаними у світі, окремі з них закріплені на міжнародному та національному рівнях. Окремі юридичні норми/закони, що регламентують правила ведення війни, є таким самим давнім поняттям, як і сама війна. З давніх давен практично всі цивілізації в тій чи іншій мірі намагалися пом'якшити жажіття та наслідки війни.

Початок XIX столітті стає каталізатором процесів кодифікації законів і звичаїв війни, яка проходить у двох напрямках – захист жертв війни (*тобто право Женеви, початок розвитку якого покладено Женевською конвенцією про поліпшення долі поранених на полі бою 1864 р.*) та законне регулювання засобів та методів ведення воєнних операцій/дій (*тобто право Гааги, початок якому був заснований такими документами, як Кодекс Лібера 1863 р., Санкт-Петербурзька декларація про скасування застосування вибухових та запалювальних куль 1868 р. та проєкт Брюссельської декларації про закони та звичаї війни 1874 р.*), що, в результаті призвело до прийняття Гаазьких конвенцій 1899 та 1907 рр. [2].

Отже, очевидним стає що міжнародно-правова доктрина XIX століття багатьох країн приділяла чималу увагу дослідженню та вирішенню проблем, пов'язаної з законами та звичаями ведення війни [1].

Україна як країна-учасниця Женевських конвенцій має своїм обов'язком розслідувати та притягнути до кримінальної відповідальності за порушення міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) та інші серйозні порушення міжнародного права.

Чинне кримінальне законодавство України містить лише одну статтю 438 частина перша якої регламентує відповідальність за воєнні злочини та включає сім форм об'єктивної сторони даного складу злочину, шість форм з наявних умовно можна назвати спеціальними, а сьома має характер універсальний, диспозиція якої є банкетною, та направляє нас на МГП, для роз'яснення змісту протиправних діянь [3]. Отже, головна відмінність ст. 438 КК України це те, що вона має банкетну диспозицію, до прикладу ми не зможемо зрозуміти, що таке «жорстоке поводження» чи «заборонені засоби ведення війни» не звернувшись для розуміння змісту диспозицій до міжнародних договорів у сфері МГП, на відмінну від інших положень КК України, де безпосередньо визначений склад кримінального правопорушення.

Разом з тим держави – учасниці Женевських конвенцій 1946 року, зобов'язались прийняти та кодифікувати відповідальність на національному рівні, в яких була б передбачена ефективна кримінальна відповідальність та суворе покарання за вчинення такого злочину, чи відповідальність тих, що віддають наказ вчиняти такі серйозні злочини, порушуючи конвенційні положення.

Тому, якщо правовій оцінці/ кваліфікації підлягають діяння, що порушують закони та звичаї війни насамперед нам потрібно звернутись до норм МГП як перше джерело.

Застосування на практиці норм ст. 438 КК України не є однозначним, оскільки існують невирішені питання, щодо форм виявлення об'єктивної сторони складу злочину, ознаки суб'єктивної сторони та проблеми відмежування від суміжних складів кримінальних правопорушень. Норма ст. 438 КК України підлягає застосування з моменту збройної агресії, тому не вбачається підстави для її застосування лише за діяння з початку ведення воєнного стану.

Україна не являється стороною яка підписала та ратифікувала Римський статут Міжнародного кримінального суду, тому, помилково є очікування, що неофіційна кодифікація злочинів передбачені в Римському статуту МКС, може бути беззаперечно застосовано при кваліфікації діянь передбачені ст. 438 КК України.

Римський статут МКС є неофіційною кодифікацією, і не містить виключний перелік злочинів, та не ідентичними з тими, що передбачені в Женевських конвенцій [4]. Норма ст. 438 КК України, як раніше зазначалась є банкетною, а тому для її застосування в кожному конкретному випадку потрібно посилання на норми, статті і правила

конвенцій або норми звичаєвих правил для всебічного законодавчого розкриття дій об'єктивної сторони складу злочину даної норми.

Суб'єкти вчинення кримінального правопорушення за ст. 438 КК України, можуть бути як комбатанти так і не комбатанти, хоча притягнення не комбатантів на нашу думку скоріш є винятком чим правилом, оскільки такий злочин який передбачає порушення законів та звичаїв війни, вчиняється комбатантами.

Воєнні злочини в міжнародному гуманітарному праві займають особливе місце, що стосується насамперед доведення вини особи, що завжди залежить від контекстуального аспекту. Тому, логічно, що при відсутності контекстуального аспекту не конє посягання на життя особи чи її статеvu свободу має мати ознаки чи кваліфікуватись за ст. 438 КК України. Тобто, такі діяння можуть бути кваліфіковані за ст. 152 та 115 КК України, звичайно при відсутності контекстуальних ознак таких як – збройний конфлікт, чи війна, чи насильства як подолання опору, використання зброї та ін.

Отже, досліджуючи проблему порушення законів та звичаїв війни, для правильної кваліфікації має важливе значення дослідження банкетної диспозиції, встановлення основного та додаткового об'єктів кримінально-правової охорони, встановлення предметів злочину, та потерпілих. Також не можна лишити поза увагою те що сфера МГП обмежена часом, міжнародного чи неміжнародного конфлікту, тому, що насамперед положення вітчизняного законодавства не збігається з положеннями МГП щодо розуміння збройного конфлікту.

### **Література:**

1. Женевська Конвенція про поводження з військовополоненими. Женева, 12 серпня 1949 р. Третя Женевська Конвенція (1949) URL: [zakon.rada.gov.ua/go/995\\_153](http://zakon.rada.gov.ua/go/995_153)
2. IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_222#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text)
3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III (зі змінами та доповненнями). Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2001. № 25–26, ст. 131.
4. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17 липня 1998 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text)