

УДК 343.233+ 340.134(477) + 343.337.4

DOI 10.37566/2707-6849-2023-3(44)-10



Оксана КВАША,
*вчений секретар Інституту держави і права
імені В. М. Корецького НАН України,
доктор юридичних наук, професор
ORCID: 0000-0002-9832-6070*



Ганна АНДРУСЯК,
*доцент кафедри кримінального права і процесу
Волинського національного університету імені Лесі Українки,
кандидат юридичних наук, доцент
ORCID: 0000-0003-1681-7384*

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КОМАНДИРІВ ЗА ВІДДАННЯ ЗЛОЧИННИХ НАКАЗІВ ПРО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ І ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ У КОНТЕКСТІ ВІЙНИ РОСІЇ ПРОТИ УКРАЇНИ

Постановка проблеми, її зв'язок з наукою чи практикою. Після повномасштабного вторгнення РФ на територію України активізувалися наукові дослідження проблем, які є суміжними в кримінальному праві та міжнародному гуманітарному праві (далі – МГП). Адже злочини, які вчиняються російськими військовими злочинцями, набувають масового характеру та стосуються найбільш небезпечних форм порушення норм МГП, які в загальному вигляді передбачені у ст. 438 Кримінального кодексу України (далі – КК).

У цій статті КК встановлено кримінальну відповідальність за порушення законів і звичаїв війни, однією з форм якої є віддання наказу про жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням або про вигнання цивільного населення для примусових робіт, або про розграбування національних цінностей на окупованій території, або про застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, або про інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Проте проблема аналізу цієї форми порушення законів і звичаїв війни на доктринальному рівні фактично невитребувана, хоча й межує з дослідженням такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження (ст. 41 КК).

Така ж ситуація має місце й у судовій практиці. Наприклад, В. Навроцький акцентує увагу на тому, що «діяння сумно відомого першого засудженого в Україні російського військовослужбовця Шишимаріна, який виконав злочинний наказ стріляти в мирного українського мешканця, було кваліфіковано за ч. 2 ст. 438 КК як порушення законів і звичаїв війни, поєднані з умисним вбивством. Але при цьому поза кримінальною оцінкою залишилися діяння тих, хто направив Шишимаріна та йому подібних в Україну вчиняти вбивства, зґвалтування, розбої, порушувати мирне життя країни, її територіальну цілісність та суверенітет. Не враховано, що Шишимарін був частиною механізму РФ як держави-агресора, яка включає її військове та політичне керівництво, органи, які здійснюють економічне, ідеологічне та інше забезпечення нападу на Україну, осіб, які виконують агресивні задуми та сприяють веденню воєнних дій тощо» [1, с. 200].

Аналіз останніх досліджень, у яких започатковано розв'язання поставленої проблеми. Опрацювання наукової літератури з проблем кримінального права свідчить про те, що питання як віддання, так і виконання наказу або розпорядження, кримінальної відповідальності за спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам у разі віддання та виконання завідомо злочинного наказу або розпорядження досліджувалися такими науковцями, як П. Андрушко, Г. Анісімов, Ю. Баулін, В. Білоконєв, П. Богущкий, В. Бугаєв, О. Дудоров, С. Дячук, М. Карпенко, П. Михайленко, В. Навроцький, М. Туркот та ін. Особливо відзначимо одну з останніх праць В. Навроцького, присвячену дослідженню проблеми конструкції кримінальної відповідальності РФ, її очільників та їх клевретів за напад на Україну [1]. В інших працях хоча й розглядається проблема виконання наказу або розпорядження як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, проте не висвітлюється проблема кримінальної відповідальності командирів за віддання злочинного наказу або розпорядження про порушення законів і звичаїв війни у контексті війни РФ проти України. З огляду на масовий характер вчинення злочину, передбаченого ст. 438 КК, дослідження цієї проблеми набуває неабиякої актуальності, а тому потребує самостійного наукового аналізу.

Метою статті є дослідження проблеми кримінальної відповідальності командирів за віддання злочинних наказів або розпоряджень про порушення законів

і звичаїв війни в контексті війни РФ проти України на основі опрацювання як наукових джерел, так і судової практики (остаточних судових рішень, ухвалених судами України за ст. 438 КК).

Виклад основного матеріалу. Криваві воєнні зіткнення останніх століть зумовили створення норм МГП, які активно розвиваються як на конвенційному рівні, так і в практиці міжнародних кримінальних трибуналів *ad hoc* Міжнародного кримінального суду. Основою такого корпусу норм МГП є норми так званого Женевського та Гаазького права, які зумовили виникнення специфічних інститутів (конструкцій) притягнення до кримінальної відповідальності. Однією з таких конструкцій є командна відповідальність (*command responsibility*), яка історично виникла з процесів, що склалися після Першої світової війни, та розвинулася у прецедентному міжнародному праві після Другої світової війни. На сьогодні концепція командної відповідальності закріплена в п. 2 ст. 86 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.07.1977. Згідно з цією концепцією «той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу було вчинене підлеглою особою, 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 припинення цього порушення» [2].

Поява такої кримінально-правової конструкції, як командна відповідальність, зумовлена необхідністю, говорячи в загальних рисах, притягнути до кримінальної відповідальності командирів (начальників), які спрямували підлеглих вчинити будь-який злочин, у т. ч. порушення законів і звичаїв війни, або потурали його вчиненню, незалежно від їх статусу. Власне начальники (командири) порівняно зі своїми підлеглими мають більше можливостей, зокрема більшою мірою обізнані з ситуацією, в якій вчиняється злочин, та наділені повноваженнями стримувати або, навпаки, спрямовувати своїх підлеглих до вчинення злочину.

Більшою мірою конструкція командної відповідальності набула розвитку у Римському статуті Міжнародного кримінального суду (далі – Римський статут). Україною Римський статут було підписано 20.01.2000, проте досі не ратифіковано. Згідно зі ст. 8 Угоди про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншого, однією з умов виконання покладених на Україну міжнародних зобов'язань є ратифікація Римського статуту [3]. Римський статут дослідники відносять до «жорсткого» міжнародного договору, оскільки в ньому не передбачено застережень [4, с. 69].

«Римський статут передбачає можливість, що без його ратифікації держава може визнати юрисдикцію МКС у певних справах, подавши про це відповідну заяву. Такий механізм, коли, з одного боку, держава не ратифікувала Римський статут, але

ухвалила окрему заяву у своєму змісті, може розглядатися як «обмежена ратифікація» з погляду визнання юрисдикції МКС. У 2014–2015 роках Україна, не ставши повноправною учасницею Римського статуту, скористалася відповідним механізмом, звернулася до МКС в режимі *ad hoc* і подала заяви про визнання юрисдикції МКС за ст. 7 щодо злочинів проти людяності і ст. 8 щодо воєнних злочинів, вчинених на території України вищими посадовими особами країни-агресора та керівниками терористичних організацій «ДНР» і «ЛНР», починаючи з 20.02.2014 і без кінцевої дати. Таким чином, Україна скористалася спеціальною процедурою визнання юрисдикції МКС для держав, які не приєдналися до Римського статуту, але бажають, щоб МКС розслідував міжнародні злочини, що вчиняються на їхній території. Відповідно до Римського статуту, якщо держава подає такі заяви, вона визнає юрисдикцію МКС і бере на себе зобов'язання щодо співпраці та виконання будь-яких рішень (ст. 12), але не користується всіма правами організаційного і процесуального характеру як повноцінна держава – учасник Римського статуту» [5, с. 100–101].

Попри те, що Римський статут Україна не ратифікувала і на нього не можна посилатися у вироках, за якими констатується порушення військовослужбовцями Збройних сил РФ (далі – ЗС РФ), зокрема у формі віддання наказу про порушення законів і звичаїв війни, його вивчення є вельми актуальним у наукових розвідках. У окремій статті Римського статуту (ст. 28) передбачено відповідальність командирів та інших начальників. У цій статті до інших підстав кримінальної відповідальності згідно з цим Статутом за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, віднесено такі, як:

а) військовий командир або особа, яка фактично діє як військовий командир, підлягає кримінальній відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені силами, які перебувають під його чи її фактичним командуванням і контролем або, залежно від обставин, під його чи її фактичною владою і контролем, у результаті нездійснення ним або нею належного контролю над такими силами у випадках, коли: і) такий військовий командир чи така особа або знала, або за існуючих обставин на той момент повинна була знати, що ці сили вчиняли чи мали намір вчинити такі злочини; та ii) такий військовий командир або така особа не вжила всіх необхідних і розумних заходів у межах його або її повноважень для недопущення чи припинення їх учинення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування;

б) стосовно відносин начальника й підлеглого, не описаних у пункті (а), начальник підлягає кримінальній відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені підлеглими, які перебувають під його чи її фактичною владою і контролем, у результаті нездійснення ним чи нею належного контролю над такими підлеглими у випадках, коли: і) начальник або знав, або свідомо проігнорував інформацію, яка явно вказувала на те, що підлеглі вчиняли чи мали намір вчинити такі злочини; ii) злочини стосувалися діяльності, що підпадає під фактичну відповідальність і контроль начальника; та iii) начальник не вжив усіх необхідних і розумних заходів у межах його чи її повноважень для недопущення чи

припинення їх учинення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування [6].

Хоча Римський статут Україною не ратифікований, проте ратифікований Додатковий протокол I, який зобов'язує нашу державу закріпити концепт командної відповідальності в національному кримінальному законодавстві. Оскільки, як справедливо вказує О. Броневицька, «на відміну від усталеного підходу в теорії міжнародного права, у сфері кримінального права самовиконуваних договорів немає» [7, с. 10], а тому відповідні положення цього міжнародного договору, джерела МГП, повинні бути імплементовані у національне кримінальне законодавство та представлені у вигляді самостійного суспільно небезпечного діяння в кримінально-правовому приписі. Ознайомлення з чинним КК дає підстави для висновку, що в ньому окремі статті Особливої частини КК, у яких передбачається кримінальна відповідальність за злочини міжнародно-правового характеру, зокрема за воєнні злочини, містять це діяння.

Так, у ч. 2 ст. 146-1 КК встановлено відповідальність за видання наказу або розпорядження про вчинення дій, зазначених у ч. 1 цієї статті, або невжиття керівником, якому стало відомо про вчинення дій, зазначених у ч. 1 цієї статті, його підлеглими заходів для їх припинення та повідомлення компетентних органів про злочин. Йдеться про вчинення таких дій, що охоплюються насильницьким зникненням, тобто про арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, у тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування. Також альтернативною формою злочину, передбаченого ст. 438 КК, є віддання наказу про порушення законів і звичаїв війни, про що вже зазначалось. В інших статтях Особливої частини КК така форма суспільно небезпечного діяння не передбачена.

Між формулюваннями ч. 2 ст. 146-1 і ч. 1 ст. 438 КК убачаються певні відмінності, оскільки у першому випадку йдеться про *видання* наказу або розпорядження про насильницьке зникнення людини, а в іншому – про *віддання* наказу про порушення законів і звичаїв війни. Ураховуючи значення в українській мові дієслів, від яких утворено ці віддієслівні іменники, «видання» передбачає вихід, випуск у світ наказів або розпоряджень про насильницьке зникнення, їх офіційне оголошення, тоді як «віддання» наказу або розпорядження в контексті ст. 438 КК означає командувати, наказувати що-небудь робити, виконувати. Тобто більшою мірою відповідає суті суспільно небезпечного діяння, закладеного у конвенціях МГП, термін «віддання наказу або розпорядження». Видання ж їх зумовлюватиме встановлення письмової форми оформлення наказів про насильницьке зникнення, що вбачається недоцільним і викривленим варіантом імплементації міжнародних договорів. Водночас в іншій частині формулювання суспільно небезпечного діяння, що аналізується, у ч. 2 ст. 146-1 КК має більш позитивний контекст, оскільки у ній названо адресанта, який видав наказ, а саме керівника, а також адресата – його підлеглого. Звертаємо

увагу й на те, що у ч. 2 ст. 146-1 КК точніше вписано й саме суспільно небезпечне діяння, яке включає фактично дві форми. Йдеться не лише про видання наказу чи розпорядження про насильницьке зникнення, а й про невжиття керівником, якому стало відомо про вчинення дій, зазначених у ч. 1 цієї статті, його підлеглими заходів для їх припинення та повідомлення компетентних органів про злочин. Тобто у цьому формулюванні мовиться про потурання керівником вчиненню злочинів підлеглими (т. зв. невжиття заходів). Саме таке формулювання суспільно небезпечних діянь керівників (начальників) більшою мірою відповідає стандартам МГП, про які йшлося вище, та заслуговує на увагу під час удосконалення законодавчого формулювання об'єктивної сторони порушення законів і звичаїв війни у КК.

Аналіз ухвалених судами України вироків за ст. 438 КК, що розміщені в Єдиному державному реєстрі судових рішень, дає підстави з впевненістю стверджувати, що, попри те, що найбільша частка серед засуджених за цією статтею припадає саме на рядових військовослужбовців ЗС РФ (37 осіб з 51 засудженого військовослужбовця ЗС РФ, або 73 %), проте все ж вироками національних судів засуджено 14 військовослужбовців ЗС РФ, які належать до командирів, про що прямо зазначено в цих вироках і визнано доведеним. Йдеться про таких командирів ЗС РФ: заступник командувача Чорноморського флоту РФ з матеріально-технічного забезпечення (*вирок Жовтневого районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15.05.2023 у справі № 212/4028/22*); заступник командира військової частини бомбардувального авіаційного полку змішаної авіаційної дивізії армії військово-повітряних сил та протиповітряної оборони ЗС РФ (*вирок Держинського районного суду м. Харкова від 02.03.2023 у справі № 638/1343/23*); командир танкового батальйону (*вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 11.04.2023 у справі № 750/6470/22*); командир окремої гвардійської інженерної бригади (*вирок Жовтневого районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15.05.2023 у справі № 212/4028/22*); командир стрілецької військової частини (*вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 14.09.2023 у справі № 748/855/23*); заступник командира роти (*вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26.09.2022 у справі № 760/4174/22*); командири танків (*вирок Деснянського районного суду м. Чернігова від 08.08.2022 та ухвала Чернігівського апеляційного суду від 02.11.2022 у справі № 750/2891/22*); *вироки Макарівського районного суду Київської області від 20.04.2023 у справі № 370/179/23, Тростянецького районного суду Сумської області від 09.05.2023 у справі № 588/1072/22*); командири мінометів (*вироки Котелевського районного суду Полтавської області від 26.12.2022 у справі № 535/2100/22, Чернігівського районного суду Чернігівської області від 08.03.2023 у справі № 748/22/23*); командири відділень (*вироки Шевченківського районного суду м. Києва від 03.08.2022 у справі № 761/14035/22, Тростянецького районного суду Сумської області від 01.03.2023 у справі № 588/1009/22, Ічнянського районного суду Чернігівської області від 26.04.2023 та ухвала Чернігівського апеляційного суду від 26.07.2023 у справі 733/923/22*).

Впевнені, що притягнення командирів ЗС РФ до кримінальної відповідальності за ст. 438 КК – це лише початок кримінального переслідування російських військових начальників-злочинців на території України. Основні справи про злочини очільників РФ та їх поплічників ще попереду.

Як зазначалося, у вироках, ухвалених за ст. 438 КК, що аналізувалися, начальникам, які віддавали наказ підлеглим порушити закони і звичаї війни, зазвичай не інкримінується така форма вчинення цього злочину, як віддання наказу або розпорядження на таке порушення. У формулюванні обвинувачення їм переважно ставиться у вину власне те порушення законів і звичаїв війни, яке було змістом відданого наказу чи розпорядження та який виконали підлеглі такого начальника. Наприклад, вироком Жовтневого районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15.05.2023 у справі № 212/4028/22 за ч. 2 ст. 28 – ч. 1 ст. 438 КК було засуджено двох військових начальників – заступника командувача Чорноморського флоту РФ з матеріально-технічного забезпечення та командира окремої гвардійської інженерної бригади.

Як вказано у формулюванні обвинувачення у цьому вироку, внаслідок неправних дій цих військових начальників та інших невстановлених осіб з числа військовослужбовців ЗС РФ та військово-політичного керівництва РФ, які порушили закони та звичаї війни згідно зі ст. 23 Додатку до IV Конвенції та статтями 52, 54 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій (Протоколу I), здійснено напад на цивільні інфраструктурні об'єкти – гідротехнічні споруди Північно-Кримського каналу, у результаті чого забезпечено противоправне постачання води з Каховського водосховища до тимчасово окупованої території АР Крим через Північно-Кримський канал, що перешкоджає функціонуванню зрошувальних систем та аграрного сектору на території Херсонської області. Тобто віддання наказу порушити закони та звичаї війни цим двом начальникам не ставилося у вину.

Водночас у деяких вироках, де фігурує виключно військовий начальник ЗС РФ, який за доведеним обвинуваченням видавав накази своїм підлеглим, військовослужбовцям ЗС РФ, порушити закони та звичаї війни, його дії так само зі ставленням у вину того порушення законів або звичаїв війни, що було вчинено підлеглими та які становили зміст наказу чи розпорядження, кваліфікувалися лише за ч. 1 ст. 438 КК, без посилання на ч. 2 ст. 438 КК. А вчинення злочину у співучасті (за попередньою змовою групою осіб) не враховувалося судом при призначенні покарання такому військовому начальнику. Наприклад, вироком Солом'янського районного суду м. Києва від 26.09.2022 у справі № 760/4174/22 до 9 років позбавлення волі засуджено заступника командира роти з озброєння військової частини ЗС РФ, який видавав злочинні накази підлеглим військовослужбовцям ЗС РФ щодо жорстокого поводження з цивільним населенням, незаконним присвоєнням і знищенням їх майна і вчинення інших дій, що порушують закони та звичаї війни. У цьому ж вироку констатовано й конкретні порушення законів і звичаїв війни підлеглими військовослужбовцями. Однак ані при кваліфікації дій заступника командира роти ЗС РФ, ані при призначенні покарання суд не врахував тієї обставини, що злочин, передбачений ч. 1 ст. 438 КК, було вчинено ним у співучасті.

Не враховується факт порушення законів і звичаїв війни у співучасті військовослужбовцями ЗС РФ, один з яких був командиром і видавав наказ, а інший – підлеглим та який виконав цей наказ, ні під час кваліфікації, ні під час призначення покарання, які брали участь в одній і тій же події, однак засуджені різними вироками. Так, вироком Деснянського районного суду м. Чернігова від 11.04.2023 у справі № 750/6470/22 засуджено за ч. 1 ст. 438 КК до 11 років позбавлення волі військовослужбовця ЗС РФ, командира танку, який видав наказ оператору-навіднику танка розвернути башту танка та здійснити прицільний постріл осколково-фугасним снарядом по житловому багатоповерховому будинку, тобто по об'єкту, що не є військовою цілью та не використовується для військових потреб. Зазначений наказ, як вказано у цьому вирокі, оператор-навідник беззаперечно виконав. У результаті прямого влучання осколково-фугасного танкового снаряда заподіяно матеріальних збитків на суму 918 662,45 грн унаслідок пошкодження квартир, а також технічного поверху. Вироком Деснянського районного суду м. Чернігова від 08.08.2022 у справі № 750/2891/22 засуджено за ч. 1 ст. 438 КК до 10 років позбавлення волі оператора-навідника цього танку, який беззаперечно виконав наказ свого командира та здійснив прицільний постріл осколково-фугасним снарядом по житловому багатоповерховому будинку, в результаті чого заподіяно матеріальних збитків на суму 918 662,45 грн. Отже, як бачимо, у цих вироках має місце одна й та ж подія, до якої мають причетність ці два військовослужбовці ЗС РФ – командир танку, який видав наказ порушити закони та звичаї війни, та його підлеглий – оператор-навідник танку, який виконав цей наказ. Однак ні одній, ні другій особі під час кваліфікації, а також під час призначення покарання не було враховано того, що злочин було вчинено ними в співучасті.

На нашу думку, таку ситуацію у правозастосуванні доцільно виправити, оскільки віддання наказів, як з точки зору МГП, так і з погляду національного кримінального законодавства, є самостійною формою порушення законів і звичаїв війни, а тому саме її слід інкримінувати військовим начальникам, які віддали підлеглим наказ порушити той чи інший закон або звичай війни, передбачений джерелами МГП, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Водночас звертаємо увагу й на те, що під час ставлення у вину військовому начальнику-комбатанту такої форми суспільно небезпечного діяння, передбаченої ч. 1 ст. 438 КК, як віддання наказу, слід не лише вказувати на те, що такий наказ або розпорядження було віддано, а й визначати їх зміст. Тобто встановлювати, які саме закони та звичаї війни було віддано наказ порушувати підлеглим. Для цього у вироках слід не лише вказувати назву джерела / джерел МГП, а й конкретні статті (їх частини, пункти), які містять описання конкретного порушення закону або звичаю війни, що становить зміст відданого наказу або розпорядження військового начальника.

Більше того, кваліфікувати дії військовослужбовців ЗС РФ, які порушили закони та звичаї війни, треба більш сміливо та з використанням арсеналу тих правових засобів, що надає чинний КК. Цілковито поділяємо точку зору В. Навроцького, який обґрунтовано стверджує, що є всі підстави вважати, що політичні структури РФ, наприклад, президента РФ, консультативні та дорадчі органи, утворені при ньому, зо-

крема, Рада безпеки РФ, органи державної влади та управління РФ, включаючи орган законодавчої влади – Державну думу та Раду Федерації, виконавчої влади – уряд РФ та інші центральні органи виконавчої влади в особі міністерств і відомств, судової влади – верховний і конституційний суди, воєнізовані формування, наприклад ЗС РФ, правляча в РФ партія – «Єдина Росія» «...являють собою злочинні організації, оскільки підпадають під усі ознаки такої організації, закріплені КК. Відповідно злочини, вчинювані в ході планування, підготовки та розв’язування агресивної війни проти України (починаючи принаймні з лютого 2014 р.) та ведення агресивної війни, а також участі у такій війні на стороні держави-агресора, становлять злочини, вчинені злочинною організацією в розумінні ч. 4 ст. 28 КК» [1, с. 201].

З огляду на викладене злочинна організація традиційно відсуває на другий план конкретну роль особи у вчиненні злочину. При цьому всі співучасники виступають як співвиконавці, а те, яку роль вони виконували, порушуючи закони та звичаї війни, не має значення для кримінально-правової оцінки дій конкретної особи, яка входить до злочинної організації – конкретних злочинних органів центральної та місцевої влади держави-агресорки.

Для розкриття теми наукової статті спинимося також на тому, як слід оцінювати віддання наказу командирами своїм підлеглим, військовослужбовцям ЗС РФ, наказу про порушення законів і звичаїв війни, у контексті такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження (ст. 41 КК). У ній передбачено, що дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження (ч. 1). Наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов’язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина (ч. 2). Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно кримінально протиправний наказ або розпорядження (ч. 3). Особа, що виконала явно кримінально протиправний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах (ч. 4). Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати кримінально протиправного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала кримінально протиправний наказ чи розпорядження (ч. 5).

У ст. 7 Статуту Нюрнберзького трибуналу вперше було сформульовано принцип неприпустимості посилання на офіційне або службове становище особи, відповідно до якого службове становище підсудних, їх становище як глав держав чи відповідальних чиновників різноманітних урядових відомств не повинно розглядатися як підстава для звільнення від відповідальності або для пом’якшення покарання [8]. Такий же принцип був повторений у ч. 2 ст. 7 Статуту Міжнародного трибуналу по Югославії [9], ч. 2 ст. 6 Статуту Міжнародного трибуналу по Руанді [10].

Як зазначає В. Пилипенко, «хоча багатьом кримінальним законам відома така обставина, що виключає злочинність скоєного за виконання наказу, згаданий правовий інститут оформився в межах норм міжнародного кримінального права. Так, у принципі IV міжнародного права, що набуло вираження у Статуті і рішеннях Нюрнберзького трибуналу, міститься вказівка на те, що виконання особою наказу свого уряду або начальника не звільняє цю особу (виконавця) від відповідальності за міжнародним правом, якщо свідомий вибір був для неї фактично можливим» [11, с. 187]. Такий же принцип прописано і в багатьох міжнародних документах. Наприклад, у ч. 3 ст. 2 Конвенції проти катувань передбачено, що наказ вищого начальника або державної влади не може слугувати виправданням катувань [12].

Принцип недопустимості звільнення особи за виконання наказу начальника простежується і в судовій практиці за ст. 438 КК.

Так, вироком Солом'янського районного суду м. Києва від 23.05.2022 у справі № 760/5257/22 військовослужбовця ЗС РФ Шишимаріна засуджено до довічного позбавлення волі за ч. 2 ст. 438 КК. У цьому вирокі зазначено, що, на переконання суду, розуміючи, що відданий йому наказ є явно злочинним і не бажаючи його виконувати, обвинувачений міг відповісти відмовою командирі, що не зумовило б для нього жодних негативних наслідків. Крім того, обвинувачений не міг сприймати невідомого як офіцера і, тим більше, як безпосереднього командира, оскільки не знав ні його прізвища, ні військового звання, а наказний тон розмови не є критерієм підпорядкування для військовослужбовців. Київський апеляційний суд ухвалою від 29.07.2022, змінивши вирок суду першої інстанції в частині призначеного покарання, оцінив, зокрема дії засудженого військовослужбовця ЗС РФ, крізь призму наявності в його діях такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження. У цій ухвалі записано, що дії засудженого були вчинені на виконання явно незаконного наказу свого командира, оскільки посягали на життя і здоров'я мирного мешканця та грубо порушували закони і звичаї війни. Потерпілий не створював для засудженого та інших військовослужбовців РФ, які перебували в автомобілі, жодної небезпеки. Потерпілий не був озброєний, був одягнений у цивільний одяг і ніяким чином не відреагував на автомобіль із військовослужбовцями РФ, а тому в них не було жодних підстав сприймати його як учасника бойових дій. Наявність у руці у потерпілого мобільного телефону також жодним чином не давала підстав вважати його учасником бойових зіткнень. Усі наведені дані у своїй сукупності доводять, що потерпілий був цивільною особою, щодо якої в силу п. 2 ст. 51, пп. «а» п. 3 ст. 85 Додаткового протоколу I заборонялося застосування актів насильства під час міжнародних збройних конфліктів. Належність потерпілого до цивільного населення мала очевидний характер, а тому засуджений, отримавши від особи, матеріали щодо якої виділені в окреме провадження, наказ про його вбивство, повинен був відмовитись від його виконання.

Вироком Чернігівського районного суду Чернігівської області від 27.04.2023 року у справі № 734/2129/22 двох військовослужбовців ЗС РФ, один з яких був начальни-

ком та віддав злочинний наказ порушити закони та звичаї війни, а інший – його підлеглим, та виконав такий наказ, засуджено за ч. 2 ст. 28 – ч. 1 ст. 438 КК до покарання у виді позбавлення волі на строк 11 років (підлегло, який виконав наказ) та на строк 11 років 6 місяців (командира, який віддав злочинний наказ). Цей вирок було оскаржено до апеляційного суду захисником того військовослужбовця ЗС РФ, який був підлеглим та виконав наказ. Зокрема, захисник в апеляційній скарзі стверджує, що обвинувачений виконував злочинний наказ свого безпосереднього начальника (командира), по відношенню до якого він був підлеглим, а отже залежним, а тому ця обставина може визнаватися судом як така, що пом'якшує покарання. Водночас у цій справі Чернігівський апеляційний суд ухвалою від 09.08.2023 залишив без зміни вирок суду першої інстанції та відхилив зазначені доводи захисника.

Отже, судова практика національних судів стосовно кримінально-правової оцінки дій військовослужбовців ЗС РФ крізь призму наявності фактичного складу такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання ними злочинних наказів своїх командирів на порушення законів і звичаїв війни, відповідає міжнародним стандартам у цій частині. При цьому можна стверджувати про формування в цій частині правової аксіоми (з грец. $\xi\omega\mu\alpha$ – твердження, положення), тобто постулату, вихідним положенням якої-небудь теорії, що визнається в межах даної теорії істинним без необхідності доведення й використовується при доведенні інших її положень, які, своєю чергою, називаються теоремами [13, с. 5], об'єктивна основа якого міститься у закономірностях, властивостях спеціально-юридичних принципах права і слугує для спрощення правового регулювання [14, с. 10].

Йдеться про таку правову аксіому, як безумовне настання кримінальної відповідальності для всіх військовослужбовців ЗС РФ, які в складі цієї злочинної організації вчиняють злочини на території України, у тому числі порушення законів і звичаїв війни. Сама належність особи до військовослужбовців ЗС РФ, факт їх участі у війні проти України на боці РФ свідчить про те, що вони усвідомлювали суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачали, що вчиняють саме таке суспільно небезпечне діяння, та бажали його вчинити. Окрім того, щодо військовослужбовців ЗС РФ існує неспростовна презумпція того, що вони усвідомлювали та були обізнаними з законами та звичаями війни, які порушили на території України, виконуючи злочинні накази військово-політичного керівництва держави-агресора. Тобто розгляд дій військовослужбовців ЗС РФ, які на території України порушили закони та звичаї війни, крізь призму наявності фактичного складу такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження, є недопустимим, що відповідає стандартам у сфері міжнародного гуманітарного права.

Висновки дослідження і перспективи подальшого наукового пошуку. Отже, дослідження проблеми кримінальної відповідальності командирів за віддання злочинного наказу про порушення законів і звичаїв війни у контексті війни Росії проти України дає підстави сформулювати такі основні висновки:

1) кримінальна відповідальність командирів за віддання злочинних наказів про порушення законів і звичаїв війни у контексті війни Росії проти України ґрунтується

на конструкції командної відповідальності (command responsibility), що міститься у джерелах МГП, зокрема у п. 2 ст. 86 Додаткового протоколу I, ст. 28 Римського статуту;

2) порівняння формулювань суспільно небезпечних діянь у ч. 2 ст. 146-1 та у ч. 1 ст. 438 КК дає змогу запропонувати такі шляхи вдосконалення формулювань цього поняття: використання терміна «віддання», а не «видання» наказу або розпорядження, повне описання діяння шляхом вказівки як на адресанта наказу або розпорядження – керівника / начальника, так і на його адресата – підлеглого, доповнення ч. 1 ст. 438 КК таким суспільно небезпечним проявом, як невжиття керівником, якому стало відомо про порушення його підлеглим законів і звичаїв війни, заходів для їх припинення та неповідомлення компетентних органів про злочин;

3) аналіз ухвалених судами України вироків за ст. 438 КК вказує, що за цією статтею засуджено 14 військовослужбовців ЗС РФ, які належать до командирів (27 % загальної кількості засуджених за цією статтею), про що прямо зазначено в цих вироків і визнано доведеним;

4) судами у вироків командирам, військовослужбовцям ЗС РФ, під час кваліфікації за ст. 438 КК зазвичай не інкримінується таке діяння, як віддання наказу на порушення законів і звичаїв війни, а ставиться у вину конкретне порушення, допущене його підлеглим;

5) під час кваліфікації дій військовослужбовців ЗС РФ, командирів і підлеглих, у формулі кваліфікації зазвичай вказується посилання на ч. 2 ст. 28 КК. Однак у багатьох вироків таке посилання не міститься. Не враховується відповідна форма співучасті й під час призначення покарання як обставина, що його обтяжує. Підтримано пропозицію визнавати державно-політичні та військові утворення РФ злочинними організаціями;

6) виконання наказу або розпорядження як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, початково має міжнародно-правовий характер та походить з міжнародного кримінального права;

7) констатовано формування в судовій практиці правової аксіоми про безумовне настання кримінальної відповідальності для всіх військовослужбовців ЗС РФ, які в складі злочинної організації вчиняють злочини на території України. Самі по собі належність особи до військовослужбовців ЗС РФ, а також факт участі у війні проти України на боці РФ свідчать про те, що така особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає, що вчиняє саме таке діяння та бажає його вчинити. У межах цієї правової аксіоми виокремлено таку неспростовну правову презумпцію: військовослужбовці ЗС РФ усвідомлюють та обізнані з законами та звичаями війни, які порушили на території України, виконуючи злочинні накази військово-політичного керівництва держави-агресора. Розгляд дій військовослужбовців ЗС РФ, які на території України порушили закони та звичаї війни, крізь призму наявності фактичного складу такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження, є недопустимим, що відповідає стандартам МГП.

Перелік використаних джерел

1. Навроцький В. О. Конструкція кримінальної відповідальності рф, її очільників та їх клеветів за напад на Україну // Українська кримінальна юстиція в умовах війни: матеріали VIII (XXI) Львівського форуму кримінальної юстиції (Львів, 9–11 червня 2022 р.). Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2022. С. 196–205. URL: <https://er.usu.edu.ua/handle/1/3723>
2. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від. 12.08.1949, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.07.1977. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#o628
3. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/984_011
4. Платонов С. С. Проблеми ратифікації та імплементації Римського статуту в Україні // Проблеми захисту прав людини: міжнародно-правові та національні аспекти: матеріали наукової студентської конференції (Одеса, 10 грудня 2015 р.). Одеса: Фенікс, 2015. С. 68–72.
5. Смірнов М. І. Перспективи та правові наслідки ратифікації Україною Римського статуту Міжнародного кримінального суду в контексті військової агресії Росії проти України // *Juris Europensis Scientia*. 2022. Вип. 6. С. 98–102.
6. Римський статут Міжнародного кримінального суду від 17.07.1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text
7. Броневицька О. М. Відповідність норм кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2011. 236 с.
8. Статут Міжнародного військового трибуналу для суду та покарання головних воєнних злочинців європейських країн осі від 08.08.1945. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/140950__140950
9. Статут Міжнародного трибуналу по Югославії від 25.05.1993. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/141926__529259
10. Статут Міжнародного трибуналу по Руанді від 08.11.1994. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/161108__525193
11. Пилипенко В. Відповідальність за вчинення воєнних злочинів на виконання наказу // *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2017. № 4. С. 186–189.
12. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання: міжнародний документ ООН від 10.12.1874. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text
13. Зленко І. П. Концептуальні питання значення правових аксіом // *Наукові записки*. Серія: Право. 2021. Вип. 1. С. 4–8.
14. Зеленко І. П. Правові аксіоми Підходи до розуміння // *Наукові записки*. Серія: Право. 2020. № 9. С. 8–12.

References

1. Navrotskyi V. O. *The construction of criminal liability of the Russian Federation, its leaders and their cronies for the attack on Ukraine // Ukrainian criminal justice in wartime: materials of the VIII (XXI) Lviv Criminal Justice Forum (Lviv, June 9–11, 2022)*. Lviv: Lviv State University of Internal Affairs, 2022. P. 196–205. URI: <https://er.ucu.edu.ua/handle/1/3723> [ukr.]
2. *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12.08.1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 08.07.1977*. 12.08.1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I) of 08.07.1977. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#o628 [ukr.]
3. *The Association Agreement between Ukraine, on the one hand, and the European Union, the European Atomic Energy Community and their Member States, on the other hand*. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/984_011 [ukr.]
4. Platonov S. S. *Problems of ratification and implementation of the Rome Statute in Ukraine // Problems of human rights protection: international legal and national aspects: materials of the scientific student conference (Odesa, December 10, 2015)*. Odesa: Phoenix, 2015. P. 68–72 [ukr.].
5. Smirnov M. I. *Prospects and Legal Consequences of Ukraine's Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court in the Context of Russia's Military Aggression against Ukraine // Juris Europensis Scientia*. 2022. Issue 6. P. 98–102 [ukr.]
6. *Rome Statute of the International Criminal Court of 17.07.1998*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text [ukr.]
7. Bronevytska O. M. *Compliance of the norms of criminal legislation of Ukraine with the current international treaties: dissertation ... Candidate of Law: 12.00.08; Lviv State University of Internal Affairs*. Lviv, 2011. 236 p. [ukr.]
8. *Statute of the International Military Tribunal for the Trial and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis Powers of 08.08.1945*. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/140950__140950 [rus.]
9. *Statute of the International Criminal Tribunal for Yugoslavia of 25.05.1993*. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/141926__529259 [ukr.]
10. *Statute of the International Tribunal for Rwanda of 08.11.1994*. URL: https://zakononline.com.ua/documents/show/161108__525193 [ukr.]
11. Pylypenko V. *Responsibility for committing war crimes in pursuance of an order // Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2017. № 4. P. 186–189 [ukr.].
12. *The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: UN International Document of 10.12.1874*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text [ukr.]
13. Zlenko I. P. *Conceptual issues of the meaning of legal axioms // Scientific notes. Series: Law*. 2021. Issue 1. P. 4–8 [ukr.].
14. Zlenko I. P. *Legal axioms: approaches to understanding // Scientific notes. Series: Law*. 2020. № 9. P. 8–12 [ukr.].

КВАША О., АНДРУСЯК Г. Кримінальна відповідальність командирів за віддання злочинних наказів про порушення законів і звичаїв війни у контексті війни Росії проти України.

У статті досліджується проблема кримінальної відповідальності за віддання командирами наказів про порушення законів і звичаїв війни у контексті війни Росії проти України. Запропоновано шляхи вдосконалення такого діяння, як віддання наказу (ч. 1 ст. 438 КК). Підтримано пропозицію визнавати державно-політичні та військові утворення РФ злочинними організаціями. Констатовано формування в судовій практиці правової аксіоми про безумовне настання кримінальної відповідальності для всіх військовослужбовців ЗС РФ, які в складі злочинної організації порушують закони та звичаї війни на території України. У межах цієї аксіоми виокремлено неспростовну правову презумпцію: всі військовослужбовці ЗС РФ усвідомлюють та обізнані з законами та звичаями війни, які порушили на території України, виконуючи злочинні накази військово-політичного керівництва держави-агресора, а тому розгляд дій цих військовослужбовців крізь призму наявності фактичного складу такої обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, як виконання наказу або розпорядження, є недопустимим.

Ключові слова: виконання наказу або розпорядження, обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, порушення законів і звичаїв війни, співучасть, злочинна організація, злочин, кримінальна відповідальність, кваліфікація, судова практика.

KVASHA O., ANDRUSIAK H. Criminal liability of commanders for giving criminal orders on violation of laws and customs of war in the context of Russia's war against Ukraine.

The article examines the issue of criminal liability for commanders' orders to violate the laws and customs of war in the context of Russia's war against Ukraine. The author establishes that criminal liability in this case is based on the command responsibility concept of the sources of international humanitarian law. It is proposed that Article 438 (1) of the Criminal Code of Ukraine should provide for liability not only for giving an order or instruction to violate the laws or customs of war, but also for the failure of a superior who became aware of such violations by his subordinates to take measures to stop them and to notify the competent authorities of the crime.

Courts in their verdicts against commanders of the armed forces of the Russian Federation, when qualifying under Article 438 of the Criminal Code of Ukraine, usually do not incriminate such an act as giving an order, but rather impute a specific violation of the laws and customs of war committed by his subordinates. When qualifying the actions of commanders and subordinates, the qualification formula usually refers to Article 28 (2) of the of the Criminal Code of Ukraine. However, many verdicts do not contain such a reference. The proposal to recognize the state-political and military entities of the Russian Federation as criminal organizations was supported.

The author notes the formation of a legal axiom in judicial practice of unconditional criminal liability for all military personnel of the armed forces of the Russian Federation who, as part of a criminal organization, commit violations of the laws and customs of war on the territory of Ukraine. Within this axiom, an irrefutable legal presumption is distinguished: all military personnel of the armed forces of the Russian Federation are aware and familiar with the laws and customs of war, which they violated on the territory of Ukraine, executing criminal orders of the military and political leadership of the aggressor state, and therefore, consideration of the actions of these military personnel through the prism of the existence of a factual circumstance that excludes the criminal unlawfulness of an act, such as the execution of an order or instruction, is inadmissible, which is in line with the standards of international humanitarian law.

Key words: execution of an order or instruction, circumstance excluding criminal unlawfulness of an act, violation of the laws and customs of war, complicity, criminal organization, crime, criminal liability, qualification, court practice.