Аналіз зауважень, що надішли до проекту ЗУ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» (реєстр. № 2689 від 27.12.2019)

Задоя Костянтин,
доцент кафедри кримінального права та кримінології Київського національного університету імені Тараса Шевченка, к.ю.н., доцент

Мозгова Вікторія,
експертка Українського інституту майбутнього, к.ю.н., с.н.с.

•УНІВЕРСАЛЬНА ЮРИСДИКЦІЯ

ЗАУВАЖЕННЯ

“Зважаючи на те, що випадки застосування положень цієї статті будуть стосуватися подій, які мали місце на території іншої країни, правило, сформульоване у ч. 2 ст. 8 КК, може бути розцінене як порушення принципу невтручання у внутрішні справи інших держав” (ГНЕУ)

ВІДПОВІДЬ 1

Втручанням у суверенітет інших держав було б здійснення на їх території без їх згоди кримінального переслідування та покарання осіб, чого законопроект не передбачає.

ВІДПОВІДЬ 2

З точки зору зауваження ГНЕУ виявляється неможливою будь-яка екстратериторіальна кримінальна юрисдикція держави.

ВІДПОВІДЬ 3

Міжнародне право прямо не лише дозволяє, але й вимагає від держав переслідувати основні злочини за міжнародним правом, якщо вони вчинені на території іншої держави.

“Кожна Висока Договірна Сторона зобов'язана розшукувати осіб, обвинувачуваних у тому, що вони вчинили або віддали наказ учинити такі серйозні порушення, та незалежно від їхнього громадянства віддавати їх до свого суду. Вона може також, якщо вважає це за доцільне, передавати їх згідно з положеннями свого законодавства для суду іншій заінтересованій Високій Договірній Стороні за умови, що ця Договірна Сторона зібрала достатньо серйозні докази для порушення справи”
(Женевські конвенції про захист жертв війни від 1949 року)

- КОМАНДНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ

ЗАУВАЖЕННЯ

1. Командна відповідальність суперечить принципу індивідуальної відповідальності

2. Командній відповідальності не місце в розділі VI Загальної частини КК “Співучасть у злочині”

ВІДПОВІДЬ 1

Інститут командної відповідальності передбачає відповідальність командирів та начальників не за “чужі” дії (дії підлеглих), а за **“власну” бездіяльність**: незапобігання, неприпинення та незабезпечення переслідування злочину підлеглого.

“Військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий командир, інший начальник **підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною цієї статті та тією статтею (частиною статті) Особливої частини** цього Кодексу, яка передбачає злочин, вчинений їх підлеглою особою” (ч. 3 ст. 31-1 КК, що пропонується).

ВІДПОВІДЬ 2

Командна відповідальність не є співучастю в злочині, але в розділі VI Загальної частини КК “Співучасть у злочині” вже передбачені положення, що не стосуються співучасті у злочині.

“6. Не є співучастю не обіцяне заздалегідь переховування злочинця, знарядь і засобів вчинення злочину, слідів злочину чи предметів, здобутих злочинним шляхом, або придбання чи збут таких предметів” (стаття 27 КК).

•ВРАХУВАННЯ НОРМ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА ПРИ ТЛУМАЧЕННІ ПОЛОЖЕНЬ КК

ПОЛОЖЕННЯ ПРОЕКТУ

Для цілей статей 437-438[5], 442 і 442[1] цього Кодексу застосовуються положення міжнародних договорів, згоду на обов’язковість яких надано Верховною Радою України, і звичаєвого міжнародного права, що були чинними на час вчинення відповідного діяння, та з урахуванням практики застосовування цих положень міжнародними судовими установами (трибуналами)

ЗАУВАЖЕННЯ

1. Міжнародне договірне право не передбачає санкцій за ті чи інші діяння.

2. Звичаєве право невизначене, що може стати приводом для зловживань.

3. Міжнародні кримінальні суди (трибунали) застосовують міжнародне право “крізь призму своїх статутів”.

ВІДПОВІДЬ 1

Проект не має за мету застосування норм міжнародного права, а лише тлумачення у відповідності з ними положень кримінального закону.

ВІДПОВІДЬ 2

Немає нічого нестандартного у взятті до уваги при тлумаченні положень кримінального закону норм інших галузей права.

Наприклад, таку ознаку крадіжки як “чуже майно” не можна тлумачити, не взявши до уваги положення цивільного права про право власності та право володіння.

ВІДПОВІДЬ 3

Тлумачення положень КК про міжнародні злочини у відповідності з положеннями міжнародного права принципово важливе для уникнення викривленого розуміння цих положень.

Це запобіжник від їх невиправдано широкого та невиправдано вузького тлумачення.

ПРИКЛАД

Вбивство як воєнний злочин являє собою позбавлення особи життя, що є протиправним з точки зору міжнародного гуманітарного права, а не з точки зору національного законодавства держави. У протилежному випадку будь-яка держава могла би маніпулювати своїми зобов'язаннями.

ВІДПОВІДЬ 4

Постанова Великої палати ЄСПЛ в справі “Кононов проти Латвії”:
“Дійсно, Кримінальний кодекс 1926 року не містив відсилань до міжнародних законів і звичаїв війни (як і в справі “K.-H.W. проти Німеччини”), а ці міжнародні закони і звичаї не були офіційно опубліковані ані в СРСР, ані в Латвійській РСР (як і в згаданій вище постанові Великої палати Європейського Суду у справі “Корбей проти Угорщини”, § 74-75). Однак цьому не можна надавати вирішальне значення. З висновків, викладених вище, в пункті 213 і в пункті 227 цієї постанови, ясно випливає, що в 1944 році міжнародні закони і звичаї війни самі по собі були достатньою підставою для притягнення фізичних осіб до кримінальної відповідальності”.

Після 1944 року зміст звичаєвого міжнародного кримінального права став значно більш доступнішим та зрозумілішим.

ВІДПОВІДЬ 5

Положення статутів міжнародних кримінальних судів (трибуналів) лише “віддзеркалюють” матеріально-правові норми міжнародного кримінального права, а не містять якісно інакші норми у порівнянні зі звичаєвим та договірним правом. Таким чином, тлумачачи положення власних статутів ці суди (трибунали) прояснюють не лише їх, а міжнародне кримінальне право взагалі.

•ВИКОРИСТАННЯ “НЕЗВИЧНОЇ” ДЛЯ КК ТЕРМІНОЛОГІЇ

ЗАУВАЖЕННЯ

Положення законопроекту, що передбачають внесення змін до Особливої частини КК, містять багато незвичних для КК термінів, що породжує проблеми в аспекті вимог законодавчої техніки

ЗАГАЛЬНА ВІДПОВІДЬ

1. Будь-які правила законодавчої техніки, у т.ч. щодо вживання термінології, є рекомендаціями доктрини, але не частиною позитивного права.
2. Склади усіх злочинів не можна описати за допомогою одних і тих самих термінів. Наприклад, склад умисного вбивства не можна описати тими ж словами, що й склад крадіжки, та навпаки.
3. Визначальним повинно бути не те, чи є терміни, якими описується склад злочину, “новими”, а те, чи передають вони природу злочину.

ПРИКЛАД 1.

Примітка до статті 438-2 КК, що пропонується в проекті:
“Під віроломством у цій статті розуміються дії, спрямовані на те, щоб викликати довіру в особи, що бере участь у бойових діях, яка належить до протилежної сторони конфлікту, і змусити її повірити, що вона має право на захист або зобов'язана надати такий захист згідно з нормами міжнародного гуманітарного права, з метою обману такої довіри в подальшому”.

Зауваження - пропонується відмовитися від поняття “віроломство” на користь звичного для КК поняття “обман”.

Однак останнє поняття має набагато більш широкий зміст, що матиме наслідком невиправдано широку криміналізацію діянь та необґрунтоване обмеження Україною власних військових у виборі методів ведення воєнних дій.

ПРИКЛАД 2.

Примітка до статті 438-2 КК, що пропонується в проекті:
“Стаття 442. Геноцид
1. Геноцид, тобто діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи як такої шляхом:
....
2) заподіяння їм серйозної шкоди;

Під серйозною шкодою у цій статті слід розуміти умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або тілесних ушкоджень середньої тяжкості, вчинення зґвалтування або інших форми сексуального насильства, умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання”.

Зауваження - пропонується зберегти у ч. 1 ст. 442 КК звичний для кримінального закону України термін “тяжке тілесне ушкодження”.

Однак цей термін є істотно вужчим за термін “заподіяння серйозної шкоди”, що використовується в міжнародному праві

•ПЕРЕСЛІДУВАННЯ “ПОДІЙ МИНУЛОГО”

ЗАУВАЖЕННЯ

Переслідування “подій минулого” суперечить статті 58 Конституції України.

Конституція України:
“Стаття 58. Закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення”.

ВІДПОВІДЬ

Стаття 58 Конституції України, що закріплює принцип законності, не може розглядатися як абсолютна гарантія.

КСУ в своїй сучасній практиці неодноразово звертався до доктрини “дружнього ставлення до міжнародного права”, а саме — до практики ЄСПЛ

Постанова ЄСПЛ в справі K.-H. W. Проти Німеччини
“Суд вважає, що практика держави, така як політика НДР щодо охорони кордону, яка явно порушує права людини та перш за все право на життя, найвищу цінність в міжнародній ієрархії прав людини, не може бути охоплена захистом статті 7, пар. 1 Конвенції.”

ПРИКЛАД

Частина 4 ст. 5 Пенітенціарного кодексу Естонії передбачає, що винні діяння проти людяності та воєнні винні діяння є караними **незалежно від часу їх вчинення**, при тому, що згідно зі статтею 23 Конституції цієї держави **ніхто не може бути засуджений за та чи інше діяння, якщо воно не визнавалось злочином законом, який діяв на час вчинення цього діяння**.

Для порівняння — текст ч. 2 ст. 58 Конституції України: “Ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення”.