



center for civil
liberties
центр громадянських
свобод

ХРОНІКИ НАРОДЖЕННЯ ОДНОГО КАРГО-КУЛЬТУ:

**ЯК ТА ЧОМУ ПРОЦЕС ГАРМОНІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКОГО
КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА З МІЖНАРОДНИМ
КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ РУХАЄТЬСЯ У НЕПРАВИЛЬНОМУ
НАПРЯМКУ**

Костянтин Задоя, професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, експерт Центру громадянських свобод

ЗМІСТ

I. ВСТУП: ПРОБЛЕМИ СЬОГОДЕННЯ КОРІНЯТЬСЯ В ЗАБУТОМУ МИНУЛОМУ

II. ПЕРШИЙ ЕТАП (2015-2021 РОКИ): БЛАГІ НАМІРИ ВЕДУТЬ ДО... «ЮРИДИЧНОГО ЛІМБА»

III. ДРУГИЙ ЕТАП (2021-... РОКИ): ДАЄШ БІЛЬШЕ ЗАКОНОПРОЄКТІВ — НОВИХ ТА РІЗНИХ!

A. Законопроєкт № 7290

Б. Закон від 9 жовтня 2024 року (законопроєкт № 11484)

1. Новели закону від 9 жовтня 2024 року, що заслуговують на позитивну оцінку
2. Вади закону від 9 жовтня 2024 року: проблеми, що приховані у в цілому позитивних змінах
 - 2.1. Командна відповідальність (стаття 31-1 КК)
 - 2.2. Геноцид (стаття 442 КК)
 - 2.3. Злочини проти людяності (стаття 442-1 КК)
3. Вади закону від 9 жовтня 2024 року: зміни, що принесли нові проблеми чи поглибили старі
 - 3.1. Злочин агресії (стаття 437 КК)
 - 3.2. Воєнні злочини (ч. 2 ст. 438 КК)
 - 3.3. Зміни до положень розділу XVIII особливої частини КК
4. Вади закону від 9 жовтня 2024 року: зміни, які не сталися
 - 4.1. Відсутність змін, спрямованих на забезпечення реального та адекватного покарання осіб, які вчинили злочини за міжнародним правом
 - 4.2. «Консервація» проблем статті 438 КК
 - 4.2.1. Збереження напівбланкетного характеру статті 438 КК
 - 4.2.2. Збереження у статті 438 КК формулювань, що не відповідають міжнародному праву
 - 4.2.3. Брак криміналізації діянь, що є воєнними злочинами за міжнародним правом

Приклад 1. Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях (стаття 8(2)(b)(XXVI)

Приклад 2. Умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою (стаття 8(2)(b)(IV) РС)

Приклад 3. Переважна більшість воєнних злочинів, вчинених у зв'язку зі збройним конфліктом неміжнародного характеру

5. Інтерпретації новел та значення закону від 9 жовтня 2024 року, що викликають занепокоєння

- 5.1. Чи дійсно стаття 442-1 КК «злочини проти людяності» має зворотну дію в часі, оскільки це впливає зі статті 7(1) ЄКПЛ?!
- 5.2. Чи дійсно, що стаття 31-1 КК є конкретизацією положень кримінального закону, що були чинні раніше?!
- 5.3. Чи дійсно, що тепер ч. 1 ст. 438 КК в частині слів «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною радою України» відсилає й до Римського статуту?!

В. Законопроект № 11538

1. Ймовірна неконституційність законопроекту
2. Сумнівне розв'язання проблеми співіснування КК та окремого закону, що також криміналізує людську поведінку
3. Спірність предмета законопроекту
4. Численні відступи від положень римського статуту
5. Відсутність відступів від тексту РС тоді, коли вони були б необхідними
6. Явні хибні рішення з погляду міжнародного права

IV. ПІСЛЯМОВА: ВІД ПОГАНОВОГО ДО ГІРШОГО

I. ВСТУП: ПРОБЛЕМИ СЬОГОДЕННЯ КОРІНЯТЬСЯ В ЗАБУТОМУ МИНУЛОМУ

Становлення в середині ХХ століття міжнародного кримінального права як галузі міжнародного права, що безпосередньо забороняє під загрозою покарання так звані *злочини за міжнародним правом* (злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії), було нерозривно пов'язане з Україною. Зокрема, злочини проти миру, злочини проти людяності та воєнні злочини, за які вироком створеного державами-переможницями у Другій світової війни [Міжнародного військового трибуналу \(Нюрнберзького трибуналу\)](#) було покарано військово-політичних лідерів Третього Рейху, значним чином були скоєні на території України та проти українського народу.

Попри це, у перші десятиліття незалежності України міжнародне кримінальне право виглядало для українського суспільства та української юридичної спільноти чимось геть далеким від України, а поняття «злочин геноциду», «злочини проти людяності», «воєнні злочини» та «злочин агресії» здавалося б описували явища, які вже ніколи не трапляться на українській землі.

Однак стан справ кардинально змінився, починаючи з листопада 2013 року, коли дії тогочасної української влади проти учасників масових акцій протесту набули ознак злочинів проти людяності, продовжуючи лютим 2014 року, коли розпочалося російське збройне вторгнення на територію України, та завершуючи лютим 2022 року, коли це вторгнення набуло максимально широких масштабів. Нині, напевно, немає жодного українця, який би не став свідком чи потерпілим від злочинів за міжнародним правом. На жаль, попри це українське кримінальне законодавство було та значним чином залишається неспроможним забезпечити адекватну правову відповідь на ці злодіяння, хоча зусилля в цьому напрямку докладаються щонайменше з 2015 року.

У цій публікації я пропоную ретроспективно поглянути на те, як починався процес гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом, спробую переконати у протилежному тих, хто вважає, що у 2024 році цей процес добіг свого логічного завершення, та

поясню, чому, починаючи з 2021 року, він впевнено перетворився на юридичний карго-культ.

II. ПЕРШИЙ ЕТАП (2015-2021 РОКИ): БЛАГІ НАМІРИ ВЕДУТЬ ДО... «ЮРИДИЧНОГО ЛІМБА»

У вересні 2015 року Центр громадянських свобод за підтримки коаліції правозахисних організацій [«Правозахисний порядок денний»](#) ініціював підготовку законопроекту, який би гармонізував український кримінальний закон з міжнародним кримінальним правом. З часом цей процес, до якого була залучена значна група українських та іноземних експертів з міжнародного та українського кримінального права, одним з яких випала нагода бути мені, знайшов підтримку з боку Міністерства юстиції України (Мін'юст), що втілилося у внесенні Кабінетом Міністрів України (КМУ) у 2018 році на розгляд Верховної Ради України (ВРУ) [проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» № 9438](#), який був прийнятий парламентом у першому читанні 6 червня 2019 року. Після парламентських виборів 2019 року текст законопроекту № 9438 ліг в основу [проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» № 2689](#), внесеного на розгляд парламенту групою народних депутатів-членів Комітету з питань правоохоронної діяльності та прийнятого в цілому як закон 20 травня 2021 року.

З-поміж іншого цей проєкт Закону передбачав:

- а) приведення статті 442 КК у відповідність з міжнародним правом в питанні відповідальності за злочин геноциду;
- б) доповнення КК статтею 442-1, яка покликана запровадити відповідальність за злочини проти людяності;
- в) заміну напівбланкетної статті 438 КК воєнних вичерпним «каталогом» воєнних злочинів;
- г) приведення статті 437 КК у відповідність з міжнародним правом в питанні відповідальності за злочин агресії;
- г) поширення чинності кримінального закону на випадки вчинення іноземцями та особами без громадянства, які постійно не проживають на території України, за межами

території України так званих злочинів за міжнародним правом (злочину геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів, злочину агресії);

д) внесення змін до цілої низки положень Загальної частини КК, покликаних запобігти безкарності злочинів за міжнародним правом;

е) доповнення КК положеннями щодо відповідальності військових командирів, інших осіб, що фактично діють як військові командири, та інших начальників у випадку, коли їхня бездіяльність становить «внесок» у злочин за міжнародним правом, скоєний підлеглим (командна відповідальність);

є) доповнення КК положенням, яке вимагає тлумачення статей про злочин агресії, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин геноциду, згідно з міжнародним правом;

ж) доповнення КК положенням, яке дозволяє застосовувати положення кримінального закону щодо злочинів за міжнародним правом до *подій минулого*, тобто до випадків, коли дія (бездіяльність) особи вже визнавалася злочином згідно з міжнародним правом, але ще не визнавалася такою згідно із законодавством України.

Як безпосередній учасник підготовки текстів законопроекту № 9438, і Закону від 20 травня 2021 року (законопроекту № 2689) з різних причин не можу сказати, що цей процес відбувався ідеально. Наведу декілька прикладів.

По-перше, практично весь 2018 рік майбутній законопроект № 9438 залишався без руху, оскільки внесений Мін'юстом на розгляд КМУ текст без достатніх, на мій погляд, підстав не погоджувало одне з міністерств.

По-друге, роботу над текстами і законопроекту № 9438, і Закону від 20 травня 2021 року серйозно гальмувала велика кількість зауважень, наданих урядовими та неурядовими структурами, переважна більшість з яких, при всій повазі до тих, хто працював над текстом зауважень, не допомагали поліпшити якість законопроектів. До прикладу, одне із зауважень полягало в тому, що розмежування у положеннях законопроекту № 9438, присвячених так званій *командній відповідальності*, відповідальності *військових командирів* та *начальників*, як це передбачає стаття 28 [Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 1998 року](#) (РС), нібито суперечить положенням Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України

(!), де вказані поняття ототожнюються. Цей аргумент складно назвати релевантним хоча б тому, що згадані в статті 28 РС начальники, навіть якщо вони є громадянами України, не належать до числа осіб, на яких поширюється Статут внутрішньої служби Збройних Сил України оскільки стаття 28 РС розуміє під начальниками цивільних осіб, а не військовослужбовців. Інше зауваження до законопроекту № 9438 полягало в тому, що з-поміж іншого він пропонував визначити в Кримінальному кодексу України (КК) як окремий воєнний злочин *переміщення частини цивільного населення держави-окупанта на окуповану територію*. Мовляв, формулювання «частина цивільного населення» є не досить чітким, щоб згадуватися в тексті КК. Така критика видавалася та продовжує видаватися мені дивною. Якщо вказане формулювання, будучи вжитим у статті 49(6) [Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни від 1949 року](#) (ЖК IV), є досить чітким, щоб до нього відсилала стаття 438 КК в частині слів «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», чому ця якість раптово втрачається у випадку прямої згадки цього формулювання в тексті КК?

По-третє, вважаю, що в низці аспектів, про окремі з яких йтиметься нижче, фінальний текст Закону від 20 травня 2021 року міг би бути викладений ближче до положень міжнародного права.

Втім, попри всю неідеальність першого етапу процесу гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом у нього, на мій погляд, завжди була «внутрішня логіка». Він ґрунтувався на загалом ефективній комунікації та співробітництві між громадським сектором, експертами та представниками органів державної влади. І, як мені видається, у ньому не було місця для «змагання» різних сил. На початку імпульс процесу задавала коаліція «Правозахисний порядок денний» за лідерства Центру громадянських свобод, а коли прийшов час перетворити напрацьовані зміни до тексту КК у законодавчу ініціативу, то тягар її просування владними коридорами спочатку (у 2017-2019 роках) взяв на себе Мін'юст, а згодом (у 2019-2021 роках) цю роль перейняв Комітет ВРУ з питань правоохоронної діяльності. У

світлі цього особливо складно змиритися з тим, що всупереч чітким вимогам статті 94 [Конституції України](#) Закон від 20 травня 2021 року опинився в непередбаченому конституційними положеннями «юридичному лімбі» й через три з половиною роки після свого прийняття так і не набрав чинності, не будучи при цьому ветованим. Те, що могло стати прикладом успішної співпраці держави та громадськості над суспільно важливими законодавчими змінами, по суті, завершилося невдачею.

III. ДРУГИЙ ЕТАП (2021-... РОКИ): ДАЄШ БІЛЬШЕ ЗАКОНОПРОЄКТІВ — НОВИХ ТА РІЗНИХ!

Оскільки Закон від 20 травня 2021 року так і не набув чинності, це залишило простір для нових законодавчих ініціатив, спрямованих на приведення українського кримінального законодавства у відповідність з міжнародним кримінальним правом, й такі ініціативи не забарилися. У квітні 2022 року, після того, як російська агресія проти України набула максимально широких масштабів, КМУ вніс на розгляд парламенту [проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України» № 7290](#).

А в 2024 році до нього додалися внесені Президентом України у серпні цього року [проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» № 11484](#) та внесені у вересні групою народних депутатів України [проєкт Закону України «Про кримінальну відповідальність за міжнародні злочини» № 11538](#).

Дивна річ, але станом на вересень 2024 року на розгляді ВРУ одночасно перебувало три (!) законопроєкти, що були внесені трьома різними суб'єктами законодавчої ініціативи (!!)

та втілювали три різні бачення (!!!) розв'язання проблеми гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом. На одній з нещодавніх конференцій іноземна доповідачка оцінила такий статус-кво позитивно. Мовляв, це свідчить про зацікавленість держави у розв'язанні проблеми. Втім, на мій погляд, «законотворча

конкуренція» це останнє, чого потребує процес приведення кримінального законодавства у відповідність з міжнародним кримінальним правом, оскільки вона породжує ризик його юридичного «вихолощення», що зрештою й сталося. Особливо прикро, що жоден з трьох законопроектів, на відміну від законопроекту № 9438 та Закону від 20 травня 2021 року, до моменту внесення на розгляд ВРУ не був презентований громадськості, а тому про причини, які призвели до появи кожного із них, та про мотиви окремих законопроектних рішень й дотепер переважно залишається лише здогадуватися.

А. ЗАКОНОПРОЄКТ № 7290

Законопроект № 7290, напевне, не менш як на 90 відсотків дублює текст Закону від 20 травня 2021 року. Усі відступи законопроекту від тексту Закону від 20 травня 2021 року та їхня необґрунтованість були добре висвітлені у заявах коаліцій правозахисних організацій [«Трибунал для Путіна»](#) та [«Україна. 5 ранку»](#). Тому не думаю, що вони потребують додаткових детальних коментарів.

Загалом складається враження, що за відступами криється прагнення «позбутися» тих положень Закону від 20 травня 2021 року, які видалися українським урядовцям «небезпечними» для інтересів України. Наприклад, саме так на фоні [заяви неназваних українських урядовців місії Amnesty International](#) про «проблемність» Закону від 20 травня 2021 року з огляду на те, що він передбачає імплементацію положень міжнародного кримінального права щодо інституту командної відповідальності (стаття 28 РС), виглядає відверта усіченість зазначеного інституту в тексті законопроекту № 7290.

Втім, ілюзорність цієї «проблеми» засвідчує хоча б те, що півтора місяця тому цей інститут врешті-решт отримав закріплення в українському кримінальному законі та ще й у ширшому вигляді, ніж це передбачено Законом від 20 травня 2021 року та навіть міжнародним кримінальним правом, про що детальніше буде сказано нижче.

Не менш ілюзорними є й інші «проблеми» Закону від 20 травня 2021 року, що їх, як видається зі сторони, мав би за задумом його ініціаторів «виправити» законопроект № 7290.

Б. ЗАКОН ВІД 9 ЖОВТНЯ 2024 РОКУ (ЗАКОНОПРОЄКТ № 11484)

Внесений Президентом на розгляду ВРУ законопроект № 11484 був прийнятий як закон 9 жовтня 2024 року та вже набув чинності. У пояснювальній записці до цього Закону зазначено, що він *«спрямований на приведення положень Кримінального кодексу України у відповідність до норм Римського статуту Міжнародного кримінального суду та забезпечення кримінально-правового переслідування за найтяжчі міжнародні злочини (злочин геноциду, злочин агресії, злочини проти людяності та воєнні злочини)»*. Втім, насправді цієї амбітної мети Закон від 9 жовтня 2024 року досягає лише частково.

1. Новели Закону від 9 жовтня 2024 року, що заслуговують на позитивну оцінку

У низці аспектів Закон від 9 жовтня 2024 року дійсно справив позитивний вплив на українське кримінальне законодавство та певним чином наблизив його до міжнародного права.

Скажімо, Закон доповнив статтю 8 КК новою частиною другою, яка поширює чинність кримінального закону на випадки вчинення іноземцями та особами без громадянства, які постійно не проживають на території України, за межами території України злочинів за міжнародним правом. Важливість цього положення, яке майже дослівно повторює аналогічне положення Закону від 20 травня 2021 року, полягає в тому, що ч. 1 ст. 8 КК, поширюючи український кримінальний закон на вчинені за межами України іноземцями або особами без громадянства, що не проживають постійно в Україні, кримінальні правопорушення *«у випадках, передбачених міжнародними договорами»*, за будь-якого тлумачення останнього формулювання не накриває всі можливі випадки вчинення злочинів за міжнародним правом.

Наприклад, оскільки Україна не є учасницею жодного міжнародного договору, який би уповноважував її здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії чи щодо злочинів проти людяності, чинність українського кримінального закону за

визначенням не може поширюватися на випадки вчинення цих злочинів іноземцями або особами без громадянства, що не проживають постійно в Україні, за межами України, якщо такі злочини не були вчинені на шкоду інтересам України або правам чи свободам громадян України.

Втім, слід мати на увазі, що ч. 2 ст. 8 КК обмежує можливість кримінального переслідування та покарання злочинів за міжнародним правом, скоєних за межами України іноземцями та особами без громадянства, які постійно не проживають на території України, лише випадками, коли такі особи *«не можуть бути видані (передані) іноземній державі чи міжнародній судовій установі для притягнення до кримінальної відповідальності або якщо в їх видачі (передачі) було відмовлено»*. Тобто, якщо бути максимально точним, у цій законодавчій новелі йдеться про чинність кримінального закону України щодо злочинів за міжнародним правом не згідно з юрисдикційним принципом *універсальності*, а згідно з принципом *представництва*, який ще інколи називають принципом *квазіуніверсальності*, оскільки ч. 2 ст. 8 КК не дозволяє Україні переслідувати та карати скоєні за межами України іноземцями та особами без громадянства, які постійно не проживають на території України, злочини за міжнародним правом, якщо стосовно них не було порушено кримінальне провадження іноземною державою чи міжнародною судовою установою.

З-поміж інших позитивних новел Закону від 9 жовтня 2024 року варто зазначити про:

1) впровадження в українське кримінальне право інститут командної відповідальності (стаття 31-1 КК);

2) визнання злочинів проти людяності окремим видом кримінального правопорушення за кримінальним правом України (стаття 442-1 КК України);

3) приведення законодавчої характеристики злочину геноциду (стаття 442 КК) у більшу відповідність з міжнародним правом.

2. Вади Закону від 9 жовтня 2024 року: проблеми, що приховані у в цілому позитивних змінах

Попри зазначені позитивні зрушення у Законі від 9 жовтня 2024 року є чимало слабких місць як з погляду того, що він передбачає, так і з погляду того, чого він не передбачає. Почнемо з проблем із категорії «ложка дьогтю в бочці меду».

2.1. Командна відповідальність (стаття 31-1 КК)

Впроваджуючи інститут командної відповідальності, Закон від 9 жовтня 2024 року відштовхується від статті 28 РС, що загалом логічно, оскільки це положення можна трактувати як вираження модерної форми цього інституту міжнародного кримінального права.

При цьому, однак, запроваджена Законом від 9 жовтня 2024 року стаття 31-1 КК містить щонайменше один явний відступ від положень статті 28 РС. Остання, розмежовуючи відповідальність військових командирів або осіб, які фактично діють як військові командири (стаття 28(a) РС), й відповідальність (цивільних) начальників (стаття 28(b) РС), по-різному визначає ментальний елемент (винне ставлення), у зв'язку з яким ці особи підлягають відповідальності за свою бездіяльність, яка призвела до вчинення підлеглими злочинів за міжнародним правом. Стосовно осіб, зазначених у статті 28(a) РС, ментальний елемент сформульовано як *«[особа] знала, або за чинних обставин на той момент повинна була знати, що [підлеглі] сили вчиняли чи мали намір вчинити такі злочини»*, а стосовно осіб, зазначених у статті 28(b) РС, — як *«[особа] зна[ла], або свідомо проігнорува[ла] інформацію, яка явно вказувала на те, що підлеглі вчиняли чи мали намір вчинити такі злочини»*. Очевидно, що в другому випадку стандарт ментального ставлення є більш «жорстким» та, відповідно, звужує межі відповідальності начальників порівняно з відповідальністю військових командирів та осіб, які фактично діють як військові командири.

Зі свого боку ч. 2 ст. 31-1 КК визначає ментальний елемент, з яким пов'язується відповідальність начальників, за допомогою формули *«знав або повинен був знати, або свідомо проігнорував інформацію, що явно вказувала на те, що підлегла особа вчиняла або мала намір вчинити такий злочин»*. Включення до тексту ч. 2 ст. 31-1 КК слів «повинен був знати» створило ситуацію, коли це положення передбачає

ширші межі відповідальності начальників за їх бездіяльність, ніж ті, що впливають зі статті 28(b) РС. Звісно, ні сам Римський статут, ні жодне інше джерело міжнародного кримінального права не забороняють державам визначити інститут командної відповідальності у своєму національному кримінальному законодавстві ширше, ніж це передбачено міжнародним правом. Однак у такому кроці, вочевидь, повинно бути раціональне пояснення, проте його неможливо відшукати в підготовчих матеріалах Закону від 9 жовтня 2024 року. Це виглядає особливо проблемним, оскільки начальники, про яких йдеться в ч. 2 ст. 31-1 КК, це не лише начальники, які обіймають посади в органах влади іноземних держав, але й начальники, які обіймають такі посади в українських органах влади. Було б наївно вважати, що іноземні держави, зокрема ворожі та недружні до України, запровадять у своєму законодавстві положення тотожні за змістом ч. 2 ст. 31-1 КК. Тож, навіщо у такому випадку Україна встановлює ширші межі кримінальної відповідальності начальників за бездіяльність, яка призвела до вчинення підлеглими злочинів за міжнародним правом, порівняно з тими межами, які впливають з міжнародного права?!

Ще одне спірне розширення сфери охоплення інституту командної відповідальності за статтею 31-1 КК полягає в тому, що положення вказаної статті поширюються й на випадки вчинення злочину, передбаченого статтею 439 КК «Застосування зброї масового знищення». За відсутності усталеної судової практики тлумачення цієї статті складно стверджувати однозначно, чи поширюється вона на дії, що становлять злочини за міжнародним правом, наприклад, на застосування хімічної зброї у зв'язку зі збройним конфліктом (воєнний злочин в розумінні міжнародного права) чи в рамках широкомасштабного нападу на цивільне населення (злочин проти людяності в розумінні міжнародного права). Якщо виходити з того, що стаття 439 КК не поширюється на випадки, застосування зброї масового знищення, які становлять злочини за міжнародним правом, тоді стаття 31-1 КК в частині відсилань до статті 439 КК взагалі не має під собою жодної міжнародно-правової основи, оскільки чинне міжнародне право визнає інститут командної відповідальності правовою підставою відповідальності особи лише за злочини за

міжнародним правом (геноцид, злочини проти людяності, воєнні злочини, злочин агресії) та за [злочин насильницького зникнення](#). У кращому випадку, якщо вважати, що стаття 439 КК охоплює й ситуації застосування зброї масового знищення, які становлять злочини за міжнародним правом, й інші ситуації, наприклад, застосування подібної зброї при вчиненні терористичного акту, стаття 31-1 КК, згадуючи про статтю 439 КК, має під собою міжнародно-правову основу лише частково.

2.2. Геноцид (стаття 442 КК)

Закон від 9 жовтня 2024 року виклав в новій редакції статтю 442 КК «Геноцид». З новел цієї редакції привертає до себе увагу те, що форма геноциду, яка згідно з попередньою редакцією цієї статті визначалася як *«заподіяння [членам національної, етнічної, расової чи релігійної групи] тяжких тілесних ушкоджень»*, тепер сформульована як *«заподіяння членам [національної, етнічної, расової чи релігійної групи] групи серйозної шкоди»*, а примітка, якою було доповнено статтю 442 КК, визначає серйозну шкоду як *«заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або тілесних ушкоджень середньої тяжкості, вчинення зґвалтування або інших форм сексуального насильства, заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання»*.

Перше, що впадає в око, це те, що схвалений ВРУ офіційний переклад статті 6 РС українською характеризує цю форму геноциду подібно до того, як це робила раніше чинна редакція ч. 1 ст. 442 КК, а саме як *«заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу членам такої групи»*. Відтак слід констатувати явну розбіжність між перекладом тексту статті 6 РС та текстом ч. 1 ст. 442 КК. Це не може не викликати запитань у світлі того, що метою Закону від 9 жовтня 2024 року, як зазначалося вище, є *«приведення положень Кримінального кодексу України у відповідність до норм Римського статуту Міжнародного кримінального суду»*. Однак відхилення чинної редакції ч. 1 ст. 442 КК від перекладу тексту статті 6 РС українською радше слід вітати, ніж критикувати, оскільки в цьому, як і, на жаль, в низці [інших](#) аспектів, переклад виявився вкрай невдалим. Автентичний текст статті 6 РС та статті II [Конвенції про запобігання та покарання злочину геноциду від](#)

[1948 року](#) характеризують другу форму геноциду за допомогою слів «*causing serious bodily or mental harm*». За міжнародним правом ці слова охоплюють не лише тілесні ушкодження у суворому сенсі слова, але й, наприклад, акти катування та згвалтування членів захищеної групи, на що, зокрема, вказують схвалені Асамблеєю держав-учасниць РС [Елементи злочинів](#), які доповнюють РС та використовуються Міжнародним кримінальним судом (МКС) при тлумаченні положень Статуту. Акти катування та згвалтування, звісно, в жодному разі не охоплюються поняттям «тяжкі тілесні ушкодження» в розумінні ч. 1 ст. 121 КК та [Правил судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень](#) й саме тому використання цього поняття в попередній редакції ч. 1 ст. 442 КК було проблемним. Це штучно звужувало законодавчу характеристику злочину геноциду та необґрунтовано обмежувало коло фактичних ситуацій, що можуть охоплюватися розслідуванням злочину геноциду проти українського народу, яке, як можна зрозуміти, провадять українські правоохоронні органи. Крім того, формалізація ознак тілесних ушкоджень різних ступенів тяжкості в українському законодавстві розрахована на те, що тяжкість тілесного ушкодження буде визначатися експертом шляхом проведення огляду потерпілого чи принаймні за документами. Проте в ситуаціях масового насильства, чим зазвичай і є злочин геноциду, можливість визначення тяжкості тілесних ушкоджень шляхом огляду особи чи за документами може бути просто відсутньою (наприклад, є свідки спричинення сильних травм людині, а наступна доля потерпілого залишається невідомою). У зв'язку з цим заміна в тексті ч. 1 ст. 442 КК ознаки «заподіяння тяжких тілесних ушкоджень» ознакою «заподіяння серйозної шкоди» видається правильним кроком. До речі, останнє формулювання добре перегукується з тим, що в українському перекладі статті II Конвенції про запобігання та покарання злочину геноциду слова «*serious bodily or mental harm*» перекладані як «серйозні тілесні ушкодження або психічний розлад».

Проблемність нової редакції статті 442 КК полягає в тому, що, на відміну від Елементів злочинів, які наводять невичерпний перелік проявів геноциду у формі «*causing serious bodily or mental harm*», примітка до статті 442 КК

визначає поняття «серйозної шкоди» шляхом *закритого* переліку, згадуючи лише:

- (i) тяжкі тілесні ушкодження,
- (ii) тілесні ушкодження середньої тяжкості,
- (iii) зґвалтування,
- (iv) інші форми сексуального насильства,
- (v) заподіяння сильного фізичного болю,
- (vi) заподіяння фізичного чи морального страждання.

Проте згідно з [практикою МКС](#) ця форма геноциду може виявлятися й в інших діях, наприклад в *насильницькому переміщенні* членів захищеної групи, що вкрай актуально для української ситуації, адже [мільйони людей](#) було переміщено з окупованої території України на російську територію.

2.3. Злочини проти людяності (стаття 442-1 КК)

Важливою новелою Закону від 9 жовтня 2024 року стала автономна криміналізація злочинів проти людяності. Хоча в цілому стаття 442-1 КК відповідає статті 7(1) РС, в окремих аспектах її зміст залишає бажати кращого. Зокрема, це стосується того, яким чином в статті 442-1 КК визначені такі форми злочинів проти людяності як *катування* (стаття 7(1)(f) РС) та *інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю* (стаття 7(1)(k) РС).

Під час роботи над текстом Закону від 20 травня 2021 року чи не найбільше дискусій між експертами викликало питання про те, як коректно відобразити в українському кримінальному законі положення статті 7(1)(k) РС. Частина колег наполягала на тому, що це положення занадто нечітке для його перенесення в текст КК, а тому його слід представити за допомогою звичних для українського кримінального права ознак «тяжкі тілесні ушкодження» та «середньої тяжкості тілесні ушкодження», зміст яких розкривається спочатку в статтях 121 та 122 КК, відповідно, а потім в Правилах судово-медичного визначення ступеня тяжкості тілесних ушкоджень. Інша частина експертів, до якої належав і я, не погоджувалася з таким надмірно формалізованим підходом, оскільки він ігнорував те, що стаття 7(1)(k) РС явно охоплює випадки спричинення потерпілому

страждань, які можуть не супроводжуватися середньої тяжкості чи тяжкими тілесними ушкодженнями в розумінні українського законодавства.

У підсумку було досягнуто компромісу, перший елемент якого полягав у тому, що стаття 7(1)(k) РС не буде перенесена дослівно чи максимально дослівно до передбаченої Законом від 20 травня 2021 року редакції статті 442-1 КК. Саме тому пункт 9 її частини першої визначає останню за порядком форму злочинів проти людяності як *середньої тяжкості або тяжкі тілесні ушкодження*. Другий елемент компромісу полягав у розширенні, порівняно зі статтею 7 РС, змісту такої форми злочинів проти людяності як катування. Згадане в статті 7(1)(f) РС катування надалі визначається в статті 7(2)(c) Статуту як *«умисне заподіяння сильного болю або страждань, фізичних чи психічних, особі, яка перебуває під вартою або під контролем обвинуваченого; однак катування не включає болю або страждань, що виникають лише в результаті законних санкцій, невіддільних від цих санкцій або заподіяних ними випадково»*. На відміну від статті 7(2)(c) РС, Закон від 20 травня 2021 року визначав катування у п. 5 примітки статті 442-1 КК як *«умисне заподіяння особі сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання»*.

Таке визначення створило свої проблеми, зокрема воно має розумітися обмежувально з урахуванням того, що катування як злочин проти людяності за міжнародним правом не утворюють біль або страждання, що виникають лише в результаті законних санкцій, *невіддільних від цих санкцій або заподіяних ними випадково*, однак в межах досягнутого між експертами компромісу це визначення видалося здатним забезпечити *сукупну еквівалентність* таких форм злочинів проти людяності в розумінні статті 7(1) РС як *катування та інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю*, таким формам злочинів проти людяності в розумінні Закону від 20 травня 2021 року як *катування та середньої тяжкості або тяжке тілесне ушкодження*.

Оскільки підготовка тексту Закону від 9 жовтня 2024 року відбувалася з «чистого аркуша», ознаки злочинів проти людяності за українським законодавством можна було б

визначити у цьому законі максимально подібно до міжнародного права та без використання компромісних формулювань Закону від 20 травня 2021 року. Проте укладачі тексту Закону від 9 жовтня 2024 року обрали чи не найгірший з усіх можливих шляхів. З одного боку, у п. 5 примітки чинної статті 442-1 КК поняття «катування» визначене так само як й у п. 5 примітки статті 442-1 КК, що пропонувалася Законом від 20 травня 2021 року, а з іншого боку — остання форма злочинів проти людяності в чинному п. 9 ч. 1 ст. 442-1 визначена як *«інші умисні нелюдські діяння подібного характеру, які супроводжуються заподіянням сильних страждань, середньої тяжкості або тяжких тілесних ушкоджень чи серйозної шкоди психічному або фізичному здоров'ю»*, що, по суті, є «мішаниною» положень статті 7(1)(к) РС та п. 9 ч. 1 ст. 442-1 КК, який пропонувався Законом від 20 травня 2021 року. У підсумку провести межу між формами злочинів проти людяності, передбаченими чинними п.п. 8 (катування) та 9 ч. 1 ст. 442-1 КК видається практично неможливим.

3. Вади Закону від 9 жовтня 2024 року: зміни, що принесли нові проблеми чи поглибили старі

Низка змін до положень кримінального закону, передбачених Законом від 9 жовтня 2024 року, не просто не змінили ситуацію на краще, а лише принесли нові проблеми.

3.1. Злочин агресії (стаття 437 КК)

Назва статті 437 КК змінилася з *«Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни»* на *«Злочин агресії»*, внаслідок чого ця стаття набула максимально химерного змісту з огляду на генезу злочину агресії як злочину за міжнародним правом.

У становленні заборони злочину агресії за міжнародним правом добре простежуються два етапи. У період формування міжнародного кримінального права в середині ХХ століття воно забороняло злочини проти миру, зокрема злочин агресивної війни та війни на порушення міжнародних угод ([стаття 6\(a\) Статуту Нюрнберзького трибуналу](#)). Однак у прийнятій в сучасний період статті 8bis РС поняття «злочини проти миру»

вже не використовується. Воно замінене поняттям «злочин агресії», зміст якого значно ширший за агресивну війну та має у своїй основі [Визначення агресії, схвалене резолюцією Генеральної Асамблеї ООН](#).

Отже, чинна нині назва статті 437 КК сформульована в дусі статті 8bis РС, однак зміст обох її частин, оперуючи поняттям «агресивна війна», а не поняттям «агресія», відповідає не сучасному міжнародному кримінальному праву, а нормам цієї галузі міжнародного права періоду її формування.

Крім того, у тексті статті 437 КК залишаються поняття «агресивного воєнного конфлікту» та «агресивних воєнних дій», які, по суті, невідомі міжнародному праву, що робить їхнє тлумачення максимально складним. Свого часу, визначаючи зміст цих понять для цілей [науково-практичного коментаря до статті 437 КК](#), я пропонував провести межу між агресивною війною та «агресивним воєнним конфліктом» та «агресивними воєнними діями» за суто формальною ознакою, а саме за тим, чи супроводжувалося широкомасштабне застосування збройної сили однією державою проти іншої держави формальним оголошенням війни: якщо таке оголошення відбулося, слід вести мову про «агресивну війну», якщо ні — про «агресивний воєнний конфлікт» та «агресивні воєнні дії». Втім, на початку цього року [Велика Палата Верховного Суду \(ВП ВС\)](#) непрямо розмежувала агресивну війну та «агресивні воєнні дії» за кількісним критерієм, а саме: масштабом залучених сил та засобів. Зокрема, «ведення агресивних воєнних дій» було розтлумачене як *«організація та управління реалізацією конкретних операцій, битв, ударів, боїв з боку збройних або воєнізованих формувань, зусиллями яких вчиняється акт агресії»*. Проте складно зрозуміти, як це узгоджується з тезою ВП ВС про те, що *«[д]іяння, визначені у статті 437 КК, здатні вчиняти особи, які в силу службових повноважень або фактичного суспільного становища спроможні здійснювати ефективний контроль за політичними чи воєнними діями або керувати ними та/або істотно впливати на політичні, військові, економічні, фінансові, інформаційні та інші процеси у власній державі чи за її межами, та/або керувати конкретними напрямками політичних або воєнних дій»*, адже *«організовувати та управляти» «конкретним боєм»* може особа в підпорядкуванні якої перебувають лише декілька чи навіть

один підлеглий, що вкрай далеко і від «контролю» та «керівництва» за «процесами у власній державі чи за її межами», і від «керівництва» «конкретними напрямками політичних або воєнних дій».

На мій погляд, ця непослідовність висновків ВП ВС лише додатково підтверджує, що включення до статті 437 КК понять «агресивний воєнний конфлікт» та «агресивні воєнні дії» було максимально недоречним. Однак Закон від 9 жовтня 2024 року не просто залишив ці поняття в тексті вказаної статті, а ще й додатково ускладнив розуміння її загальної правової рамки, змінивши її назву. Тим самим стаття 437 КК остаточно перетворилася на «юридичного Франкенштейна»: її назва «віддзеркалює» статтю 8bis PC, а диспозиції «віддзеркалюють» статтю 6(a) Статуту Нюрнберзького трибуналу, з одного боку, та «креативність» українського законодавця, з іншого боку.

3.2. Воєнні злочини (ч. 2 ст. 438 КК)

Зазнала перейменування й стаття 438 КК, що тепер має назву «Воєнні злочини». Крім того, було змінено редакцію диспозицію частини другої цієї статті. Якщо раніше вона передбачала відповідальність за «ті самі діяння, якщо вони поєднані з умисним вбивством», то нині — за «ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель людини».

Чинну раніше редакцію ч. 2 ст. 438 КК, звісно, не можна вважати вдалою. З її буквального прочитання випливало, що особа підлягає відповідальності за цим положенням кримінального закону виключно тоді, коли в її поведінці поєднувалися ознаки одного з порушень законів та звичаїв війни, передбачених ч. 1 ст. 438 КК (наприклад, жорстоке поводження з військовополоненим), та умисного вбивства, вочевидь, особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права (МГП), хоча прямо про це ч. 2 ст. 438 КК не казала та не каже.

Таке законодавче рішення виглядає дивним, оскільки згідно з міжнародним кримінальним правом вбивство є цілком автономним різновидом воєнного злочину (див., зокрема, статтю 8(2)(a)(i) та (2)(c)(i) PC, статтю 147 ЖК IV), відповідальність за який має наставати незалежно від того, чи поєднувався він з іншими воєнними злочинами. Найгірше, що буквальне

тлумачення попередньої редакції ч. 2 ст. 438 КК зумовлювало кваліфікацію *не* поєданого з іншими порушеннями законів та звичаїв війни умисного вбивства особи, що перебуває під захистом МГП, за ч. 1 ст. 438 КК, санкція якої значно менш сувора порівняно з санкцією ч. 2 ст. 438 КК (зокрема, ч. 1 ст. 438 КК не передбачає покарання у виді довічного позбавлення волі). [На мій погляд](#), цю недолугість попередньої редакції ч. 2 ст. 438 КК слід було долати шляхом її тлумачення згідно з міжнародним правом, а саме: охоплювати ч. 2 ст. 438 КК й випадки, коли порушення законів та звичаїв війни з боку винного полягали *виключно* у вбивстві особи, яка перебувала під захистом МГП. Таке тлумачення ч. 2 ст. 438 КК, звісно, мало поширювальний характер, однак практиці тлумачення українського кримінального закону відомі приклади охоплення конструкціями типу «*діяння 1, що було поєдане (що супроводжувалося) діянням 2*» випадків, коли в поведінці особи, по суті, були лише ознаки діяння 2.

Напевне, найпоказовішою є ситуація з ч. 2 ст. 365 КК, яка передбачає відповідальність за перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, якщо воно *супроводжувалося* насильством або погрозою застосування насильства, застосуванням зброї чи спеціальних засобів або болісними й такими, що ображають особисту гідність потерпілого, діями. [Судова практика](#) давно тлумачить це положення як таке, що передбачає відповідальність особи *і тоді*, коли в її поведінці були *лише* ознаки застосування насильства або погрози насильством, застосування зброї чи спеціальних засобів або болісних і таких, що ображають особисту гідність потерпілого, *дій за відсутності інших проявів перевищення влади або службових повноважень*. Вважаю, що такий підхід цілком міг поширюватися й на стару редакцію ч. 2 ст. 438 КК. Тим паче, що це було б закономірним наслідком тлумачення цього положення КК згідно з міжнародним правом.

На жаль, Закон від 9 жовтня 2024 року не просто не усунув проблемність ч. 2 ст. 438 КК, а надав їй ще більшої глибини. Відмову від конструкції «*ті самі діяння, якщо вони поєдані з умисним вбивством*» на користь конструкції «*ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель людини*» складно оцінювати позитивно, оскільки наскрізна для Особливої частини КК кваліфікуюча ознака «*діяння, що спричинило загибель людини*»

згідно з усталеними підходами [судової практики](#) охоплює спричинення людині смерті лише з необережності («якщо стаття чи частина статті Особливої частини КК прямо передбачає спричинення відповідним діянням загибелі однієї або кількох осіб... чи така загибель є проявом передбачених нею особливо тяжких або тяжких наслідків, умисне спричинення при вчиненні такого злочину смерті одному або кільком потерпілим цією статтею чи частиною статті не охоплюється»)!)

Тим самим Закон від 9 жовтня 2024 року призвів до абсолютно абсурдної ситуації, коли особа, яка вчинила умисне вбивство потерпілого, що перебував під захистом МГП, незалежно від того, чи було воно поєднане з іншими порушеннями законів та звичаїв війни, буде підлягати відповідальності за ч. 1 ст. 438 КК (від 8 до 12 років позбавлення волі), а особа, яка вчинила жорстоке поводження з потерпілим, який перебував під захистом МГП, що потягло за собою смерть потерпілого з необережності, буде підлягати відповідальності за ч. 2 ст. 438 КК (від 10 до 15 років позбавлення волі або довічне позбавлення волі). Звісно, як варіант, можна ставити питання про те, що першу з наведених вище ситуацій слід тепер кваліфікувати за сукупністю кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 438 та ч. 1(2) ст. 115 КК. Втім, якщо навіть залишити за дужками питання про прийнятність правової оцінки порушень законів та звичаїв війни як “загальнокримінальних” кримінальних правопорушень (на мій погляд, це неприйнятно з цілої низки причин, чи не найважливіша з яких полягає в тому, що з початком збройного конфлікту МГП створює окрему правову “шкалу” правомірності / неправомірності людської поведінки, яка не збігається зі “шкалою” “мирного часу”, покладеною в основу положень КК про “загальнокримінальні” кримінальні правопорушення), це принципово не змінює ситуацію, оскільки умисне вбивство особи, яка перебуває під захистом МГП, далеко не завжди можна кваліфікувати як умисне вбивство при обтяжуючих обставинах (ч. 2 ст. 115 КК), за вчинення якого передбачено покарання у виді довічного позбавлення волі. У тих же випадках, коли особі гіпотетично буде інкримінуватися сукупність кримінальних правопорушень, передбачених ч. 1 ст. 438 та ч. 1 ст. 115 (карається позбавленням волі на строк від 7 до

15 років) КК, то за правилами призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень (стаття 70 КК) засудженому може бути призначене покарання не суворіше за 15 років позбавлення волі. Хай там як, однак нова редакція ч. 2 ст. 438 КК, на жаль, не забезпечує «ширший правовий захист для українських громадян», як про це пише [дехто з колег](#).

Крім того, виявляється, що нова редакція ч. 1 ст. 438 КК, яка приховано виникла з набранням чинності Законом від 9 жовтня 2024 року та охоплює тепер порушення законів та звичаїв війни у формі умисного вбивства особи, що перебуває під захистом МГП, є законом, який *пом'якшує кримінальну відповідальність* в розумінні ч. 1 ст. 5 КК, для осіб, що вчинили подібні діяння раніше. З-поміж іншого це означає, що особам, які були засуджені за ч. 2 ст. 438 КК у попередній редакції до довічного позбавлення волі чи до позбавлення волі на строк понад дванадцять років (як-от сумнозвісний [Вадим Шишимарін](#)), це покарання має бути згідно з ч. 3 ст. 74 КК «знижене» до максимальної межі покарання, встановленого санкцією нової редакції ч. 1 ст. 438 КК, тобто до дванадцяти років позбавлення волі.

3.3. Зміни до положень розділу XVIII Особливої частини КК

Закон від 9 жовтня 2024 року запровадив низку змін до розділу XVIII Особливої частини КК «Кримінальні правопорушення проти правосуддя», які в окремих аспектах виглядають вкрай неоднозначними та навіть небезпечними.

Загалом внесення змін до розділу XVIII Особливої частини КК виглядало неминучим у світлі того, що Римський статут відносить до юрисдикції МКС не лише злочини за міжнародним правом (статті 6 - 8bis РС), але й злочини проти відправлення правосуддя МКС. Перелік таких злочинів, визначений статтею 70(1) РС, включає, наприклад давання неправдивих показань після взяття зобов'язання відповідно до пункту 1 статті 69 Статуту давати правдиві показання або надання завідомо неправдивих або сфальсифікованих доказів. При цьому стаття 70(4)(a) РС вимагає від кожної держави-учасниці *поширити «своє кримінальне законодавство, що встановлює покарання за злочини, спрямовані проти об'єктивності своїх слідчих і*

судових процедур, на злочини проти відправлення правосуддя, зазначені в цій статті, вчинені її громадянином або на її території». Цікаво, що РС не передбачає подібного зобов'язання стосовно злочинів за міжнародним правом, однак більшість держав-учасниць РС докладають зусиль задля того, щоб їхнє кримінальне законодавство поширювалося на вказані злочини, в тому сенсі як вони розуміються в статтях 6 - 8bis РС, оскільки МКС функціонує на засадах принципу комплементарності (стаття 17 РС), що покладає основний тягар кримінального переслідування та покарання винних злочинах за міжнародним правом на держави-учасниці, а брак криміналізації цих діянь на національному рівні може стати приводом для визнання МКС конкретної держави такою, яка не бажає подібні діяння переслідувати, та для взяття відповідних справ до свого провадження.

На виконання вимог статті 70(4) РС Закон від 9 жовтня 2024 року доповнив статті 376 та 384 КК примітками, згідно з якими ціла низка положень розділу XVIII Особливої частини КК тепер стосуються й випадків, коли передбачені цими положеннями кримінальні правопорушення вчиняються суддями та посадовими особами МКС чи проти них або у зв'язку з кримінальними провадженнями, які розглядаються МКС. Такий підхід, як видається, не забезпечив абсолютного виконання вимог статті 70(4) РС. Наприклад, вкрай сумнівно, що хоча б одне з положень КК, зміст яких був розширений Законом від 9 жовтня 2024 року, забезпечує належну криміналізацію *перешкоджання* посадовій особі МКС з метою примушення або переконання посадової особи не виконувати або виконувати неналежним чином свої обов'язки (стаття 70(1)(d) РС). На перший погляд, таку криміналізацію забезпечує стаття 376 КК «Втручання в діяльність судових органів», однак звичне для українського кримінального права тлумачення поняття «втручання [в діяльність певної особи]» передбачає активний вплив на потерпілого (наприклад, переконання чи погроза), тоді як «перешкоджання» цілком може полягати у створенні пасивних перешкод, спрямованих на те, щоб потерпілий не міг належним чином здійснювати свою діяльність (наприклад, виведення з ладу транспортного засобу для того, щоб потерпілий не зміг дістатися до місця, де йому належить здійснити свою діяльність).

Втім, значно серйознішим виглядає те, що принаймні у двох аспектах Закон від 9 жовтня 2024 року призвів до криміналізації поведінки, яку стаття 70(1) РС не визнає злочином проти відправлення правосуддя МКС, а стаття 70(4) РС, відповідно, не вимагає криміналізувати:

а) запроваджена Законом від 9 жовтня 2024 року примітка до статті 376 КК, яка каже, що у передбачених нею положеннях, під суддями та судами слід розуміти МКС, його суддів та посадових осіб, з-поміж іншого стосується й статті 376-1 КК «Незаконне втручання в роботу автоматизованих систем в органах та установах системи правосуддя». Згідно з цим положенням відповідальність настає за умисне внесення неправдивих відомостей чи несвоєчасне внесення відомостей до Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, іншої автоматизованої системи, що функціонує в суді, Вищій раді правосуддя, Вищій кваліфікаційній комісії суддів, Державній судовій адміністрації України, їх органах, несанкціоновані дії з інформацією, що міститься в таких системах, чи інше втручання в роботу таких систем, вчинене службовою особою, яка має право доступу до цієї системи, або іншою особою шляхом несанкціонованого доступу до таких систем. Оскільки стаття 70 РС не уповноважує держави криміналізувати незаконне втручання суддів та посадових осіб МКС в роботу автоматизованих систем, які функціонують в МКС, спроба кримінального переслідування суддів чи посадових осіб МКС у зв'язку із вчинення кримінального правопорушення, передбаченого статтею 376-1 КК сама по собі буде становити злочин проти відправлення правосуддя МКС, передбачений статтею 70(1)(d) РС;

б) відверто небезпечним виглядає зумовлене приміткою до статті 384 КК поширення статті 385 КК «Відмова свідка від давання показань або відмова експерта чи перекладача від виконання покладених на них обов'язків» на *свідків та експертів в провадженні, яке здійснює МКС*. По-перше, стаття 70 РС не згадує про подібний злочин. По-друге, стаття 93(1)(e), вказуючи на те, що держави-учасниці на прохання МКС забезпечують «сприяння добровільній явці осіб як свідків або експертів до Суду», дає зрозуміти, що особиста участь свідка чи експерта в засіданні МКС, якщо для цього вимагається транскордонна подорож, може відбуватися виключно за згодою

свідка чи експерта. У світлі цього криміналізація відмови свідчити перед МКС може бути використана для дискредитації проваджень Суду, для цілей здійснення яких Україна забезпечуватиме участь свідків та експертів, як таких, що суперечать стандартам РС.

4. Вади Закону від 9 жовтня 2024 року: зміни, які не сталися

Останній блок проблем Закону від 9 жовтня 2024 року пов'язаний з тим, чого він не передбачає, хоча міг би та повинен би був передбачати.

4.1. Відсутність змін, спрямованих на забезпечення реального та адекватного покарання осіб, які вчинили злочини за міжнародним правом

Одне з таких упущень полягає в тому, що, на відміну від Закону від 20 травня 2021 року та законопроекту № 7290, Закон від 9 жовтня 2024 року не передбачає змін, спрямованих на те, щоб унеможливити уникнення винуватцями злочинів за міжнародним правом *реального та адекватного* покарання. До прикладу, з набранням чинності Закону від 9 жовтня 2024 року зберігається можливість того, що засуджені за, наприклад, воєнні злочини чи за злочин геноциду особи будуть звільнені від відбування покарання з випробуванням (стаття 75 КК).

4.2. «Консервація» проблем статті 438 КК

Ще більш серйозна проблема полягає в тому, що перейменовуючи статтю 438 КК та вносячи зміни до її частини другої, Закон від 9 жовтня 2024 року загалом «консервує» серйозні проблеми її змісту, що виглядає особливо гострим у світлі того, починаючи з лютого 2022 року українськими правоохоронними органами було зареєстровано понад 130 тисяч кримінальних проваджень у справах про воєнні злочини й кількість проваджень, на жаль, невпинно зростає.

4.2.1. Збереження напівбланкетного характеру статті 438 КК

По-перше, зберігається напівбланкетний характер статті 438 КК, який виражається в тому, що диспозиція її частини першої, прямо виокремлюючи деякі порушення законів та звичаїв війни, завершується бланкетним відсиланням *«інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»*. Це створює невинуваті труднощі для розуміння сфери чинності положень статті 438 КК.

Крім того, відсутність у КК розгорнутого «каталогу» воєнних злочинів не забезпечує банальну диференціацію кримінальної відповідальності. Наприклад, з огляду на чинну редакцію статті 438 КК і тому, хто вчинив катування десятих цивільних осіб, і тому, хто на окупованій території здійснив призов однієї цивільної особи на службу в збройних силах окупаційної держави, загрожує покарання в одних і тих самих межах.

4.2.2. Збереження у статті 438 КК формулювань, що не відповідають міжнародному праву

По-друге, в тому фрагменті ч. 1 ст. 438 КК, що не є бланкетним, зберігаються формулювання, які не мають чітких аналогів в положеннях міжнародного кримінального та гуманітарного права. Скажімо, не зрозуміло, що саме мається на увазі під *«розграбуванням національних цінностей на окупованій території»*: *«широкомасштабне привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо»* (стаття 8(2)(a)(iv) РС, стаття 147 ЖК IV) чи *«присвоєння у великих масштабах культурної власності»* (стаття 15(1)(c) [Другого протоколу до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року від 1999 року](#)).

4.2.3. Брак криміналізації діянь, що є воєнними злочинами за міжнародним правом

По-третє, найгірше, що навіть попри зазначене вище широке бланкетне відсилання, стаття 438 КК криміналізує далеко не всі діяння, що є воєнними злочинами за міжнародним правом.

Формула *«інші порушення законів та звичаїв війни, що*

передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» чітко обмежує коло порушень МГП, що охоплюються статтею 438 КК, лише тими з них, які порушують правила МГП (закони та звичаї війни), передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, наприклад Женевськими конвенціями про захист жертв війни від 1949 року чи навіть прийнятими ще раніше Гаазькими конвенціями від 1907 року.

Крім того, [коментуючи](#) свого часу статтю 438 КК, я пропонував тлумачити його обмежувально, охоплюючи ним лише ті порушення законів та звичаїв війни (порушення МГП), що визнаються міжнародним правом *серйозними*, оскільки за міжнародним правом лише серйозні порушення МГП визнаються воєнними злочинами та тягнуть індивідуальну кримінальну відповідальність особи. Подібний підхід до тлумачення статті 438 КК простежується й у [практиці органів системи кримінальної юстиції України](#). Таким чином, відповідальності за статтею 438 КК можуть підлягати особи, які вчинили (i) порушення правил МГП (законів та звичаїв війни), передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, (ii) якщо такі порушення є серйозними. Втім, стаття 8(2) РС, яка *максимально, хоча й не вичерпно*, «каталогізує» воєнні злочини (серйозні порушення МГП) за міжнародним правом, називає воєнними злочинами чимало серйозних порушень МГП, що не є порушеннями правил МГП (законів та звичаїв війни), передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Приклад 1. Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях (стаття 8(2)(b)(xxvi))

Стаття 438 КК не забезпечує повної криміналізації поведінки, про яку йдеться в статті 8(2)(b)(xxvi) РС: *набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях.*

З-поміж чинних для України у цьому аспекті міжнародних договорів при тлумаченні статті 438 КК можна спертися на статтю 77(3) [Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 1977 року](#) (ДП I), яка вимагає від держав-учасниць утримуватися від вербування (*recruiting*) у свої збройні сили осіб віком до 15 років. Те саме каже й інший чинний для України міжнародний договір, а саме стаття 38(3) [Конвенції про права дитини від 1989 року](#). Важливо, що термін «вербування» означає у цьому контексті лише [примусовий призов](#) на службу в збройних силах та не виключає долучення осіб віком до 15 років до служби у збройних силах на добровільній основі. Проте стаття 8(2)(b)(xxvi) РС, говорячи про набір (*conscripting*) або вербування (*enlisting*), має на увазі заборону ширшого характеру, яка стосується й випадків добровільного долучення дітей молодших за 15 років, що прямо підтвердив у своєму [першому вирокі](#) МКС. Щоправда, з огляду на те, як суд визначив зміст термінів «*conscripting*» та «*enlisting*», було б більш доречно перекласти перший з них як «вербування», а другий — як «набір», оскільки елемент примусу МКС пов'язав з терміном «*conscripting*». Втім, у будь-якому випадку ч. 1 ст. 438 КК, відсилаючи до статті 77(3) ДП I та статті 38(3) Конвенції про права дитини, не охоплює залучення до служби в збройних силах дітей віком до п'ятнадцяти років на добровільній основі.

Приклад 2. Умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою (стаття 8(2)(b)(iv) РС)

Істотна шкода довікллю, якою супроводжується російська агресія проти України, робить максимально актуальною статтю 8(2)(b)(iv) РС, що визнає воєнним злочином умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною

загальною військовою перевагою.

Втім, на жаль, немає підстав вважати, що така поведінка охоплюється статтею 438 КК, адже її *не* можна назвати як порушення тих законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

На перший погляд, ч. 1 ст. 438 КК відсилає до статей 35(3) та 55(1) ДП І, згідно з якими забороняється використання методів або засобів ведення війни, що мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть такої шкоди природному середовищу й тим самим *завдадуть шкоди здоров'ю або виживанню населення*. Попри зовнішню текстуальну подібність та спільну мету (мінімізувати вплив міжнародного збройного конфлікту на навколишнє природне середовище) стаття 8(2)(b)(iv) РС та статті 35(3) і 55(1) ДП І істотно різняться в деталях. Статті 35(3) та 55(1) ДП І забороняють застосування [специфічних засобів та методів](#), що можуть завдати масштабної, довготривалої та серйозної шкоди довкіллю (наприклад, застосування гербіцидів чи хімічних реагентів), але не забороняють спричинення зазначеної шкоди довкіллю конвенційними засобами (наприклад, внаслідок бомбардувань з повітря чи артилерійських обстрілів), й при цьому забороняють вказані методи та засоби *абсолютно*, тобто незалежно від того, чи було ймовірне спричинення шкоди довкіллю від застосування таких засобів та методів співмірним з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою. Зі статті 8(2)(b)(iv) РС, однак, випливає, що кримінально караним є *будь-який напад* з усвідомленням того, що він призведе до масштабної, довготривалої та серйозної шкоди довкіллю, *незалежно* від того, чи вчиняється він з використанням засобів та методів, спеціально заборонених статтями 35(3) та 55(1) ДП І, чи конвенційних засобів та методів, однак *лише* тоді, коли очікувана шкода довкіллю була явно *надмірною* в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою.

Отже, у підсумку створюється патова ситуація:

(i) статті 35(3) і 55(1) ДП І прямо, а зі статті 8(2)(b)(iv) РС опосередковано впливає забороненість двох різних типів поведінки,

(ii) при цьому порушення лише другої із заборон (заборони,

що відображена в статті 8(2)(b)(iv) РС) визнається міжнародним правом серйозним порушенням МГП, (iii) але таке порушення не є порушенням правил МГП (законів та звичаїв війни), передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, оскільки РС не є договором, який передбачає закони та звичаї війни, про що детальніше буде зазначено нижче.

Відтак стаття 438 КК не забезпечує адекватної кримінально-правової відповіді на серйозне порушення МГП, про яке йдеться в статті 8(2)(b)(iv) РС.

Окремі автори намагаються «узгодити» між собою статті 35(3) і 55(1) ДП I та статтю 8(2)(b)(iv) РС й стверджують, що «засудження особи на підставі ст. 438 КК України за порушення законів та звичаїв війни, що передбачені статтями 35, 55 Протоколу I, яке полягало в умисному вчиненні нападу з усвідомленням того, що такий напад заподіє масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною порівняно з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою, не порушуватиме ст. 7 [Європейської конвенції з прав людини], оскільки таке застосування закону про кримінальну відповідальність у системному зв'язку з положеннями Протоколу I ґрунтується на чинному широкому міжнародному консенсусі щодо визначення ознак цього злочину». Таке «узгодження», однак, ґрунтується на очевидному переінакшенні змісту статей 35(3) і 55(1) ДП I, що складно назвати сумісним з принципом законності в кримінальному праві.

Так само не можу погодитися з думкою, висловленою приватно одним із колег про те, що хоча порушення статей 35(3) і 55(1) ДП I і не визнається серйозним порушенням МГП, самим ДП I чи РС, воно все ж може визнаватися таким українськими судами з огляду на так звані «критерії Тадича», що свого часу були сформульовані Міжнародним кримінальним трибуналом для колишньої Югославії (МКТЮ) в однойменній справі [Prosecutor v. Tadić](#). МКТЮ використав ці критерії для прояснення статті 3 свого [Статуту](#), яка уповноважувала трибунал переслідувати та карати закони та звичаї війни, перелік яких був залишений відкритим, що робить це положення де в чому схожим на ч. 1 ст. 438 КК.

Згідно з «критеріями Тадича»:

(i) порушення законів або звичаїв війни має становити порушення норми МГП;

(ii) така норма повинна мати звичаєвий характер або за певних умов нормою договірного права;

(iii) порушення законів або звичаїв війни повинно бути «серйозним», тобто воно повинно являти собою порушення норми, що захищає важливі цінності, і порушення повинно мати серйозні наслідки для потерпілого;

(iv) порушення норми має тягнути за собою, згідно зі звичаєвим або конвенційним правом, індивідуальну кримінальну відповідальність особи, яка порушила норму.

Залишаючи за дужками питання про правові підстави взяття до уваги українськими судами практики МКТЮ при тлумаченні статті 438 КК, звернення до «критеріїв Тадича», на мій погляд, не може пояснити охоплення вказаною статтею порушень статей 35(3) та 55(1) ДП І. Основна причина полягає в тому, що (iii) «критерій Тадича», який каже про серйозність порушення МГП як про умову його віднесення до юрисдикції МКТЮ, співіснує з критерієм (iv), який вимагає того, щоб за серйозне порушення МГП міжнародне право передбачало індивідуальну кримінальну відповідальність.

Таким чином, з огляду на «критерії Тадича» самого лише визнання серйозності порушення певної норми МГП, наприклад, норм статей 35(3) та 55(1) ДП І, не впливає, що згідно з міжнародним правом за таке порушення настає індивідуальна кримінальна відповідальність. Навпаки, «критерії Тадича» вимагають окремого встановлення норми міжнародного права, яка б оголошувала відповідне серйозне порушення МГП кримінально караним. Отже, якщо навіть і погодитися з тим, що порушення статей 35(3) та 55(1) ДП І задовольняють критерій серйозності в тому сенсі, як його розтлумачив МКТЮ (порушується норма, що захищає важливі цінності, а порушення повинно мати серйозні наслідки для потерпілого), перш ніж робити висновок про те, що це порушення дійсно охоплюється статтею 438 КК, все одно необхідно переконатися, що міжнародне право передбачає індивідуальну кримінальну відповідальність для особи, яка вчинила таке порушення. Проте чинне міжнародне право не дає жодного конкретного натяку на те, що порушення статей

35(3) та 55(1) ДП І як такі тягнуть індивідуальну кримінальну відповідальність особи.

Приклад 3. Переважна більшість воєнних злочинів, вчинених у зв'язку зі збройним конфліктом неміжнародного характеру

Відсилаючи лише до договірному МГП, стаття 438 КК не охоплює тих згаданих у статті 8 РС воєнних злочинів, які становлять серйозні порушення звичаєвого МГП, зокрема значне число серйозних порушень МГП, вчинених у зв'язку зі збройним конфліктом неміжнародного характеру, оскільки правове регулювання останнього має переважно звичаєво-правову основу.

Наприклад, сказане вище стосується воєнного злочину у формі *заяви про те, що помилування не буде* (стаття 8(2)(e)(x) РС). Дефіцитність статті 438 КК у цьому аспекті може видаватися не надто принциповою у світлі того, що на території України нині триває міжнародний збройний конфлікт, а не збройний конфлікт неміжнародного характеру. Втім, міжнародно-правові зобов'язання держав запобігати злочинам за міжнародним правом вимагають від них однаково переслідувати та карати як воєнні злочини, що були вчинені у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом, так і воєнні злочини, що були вчинені у зв'язку зі збройним конфліктом неміжнародного характеру. До того ж відсутність позитивних зрушень у цьому аспекті може виявитися серйозною проблемою в аспекті перемовин України про вступ до Європейського Союзу (ЄС). По-перше, тому, що в рамках ЄС створена [Мережа з питань геноциду](#), завданням якої є координація зусиль держав-членів щодо запобігання злочинам за міжнародним правом. По-друге, у зв'язку з тим, що за останнє десятиліття суди держав-членів ЄС розглянули чимало справ про воєнні злочини, вчинені у зв'язку зі збройними конфліктами неміжнародного характеру, зокрема у зв'язку з конфліктом, що триває в Сирії. З огляду на ці обставини, складно уявити, що вступ України до ЄС відбудеться без приведення українського кримінального закону в стан, який би забезпечив можливість ефективно переслідувати та карати воєнні злочини, вчинені у зв'язку зі збройними конфліктами неміжнародного характеру. До того ж в тій [частині](#)

оприлюдненого 30 жовтня 2024 року звіту Європейської Комісії про розширення, яка стосується України, прямо наголошується на тому, що положення кримінального законодавства України щодо воєнних злочинів потребують змін.

Підсумовуючи, слід констатувати, що всі наведені вище приклади обмеженості правової рамки статті 438 КК можна було б давно усунути шляхом запровадження вичерпного «каталогу» воєнних злочинів за зразком статті 8(2) РС. Такий «каталог» передбачали / передбачають законопроект № 9438, Закон від 20 травня 2021 року, законопроект № 7290 та законопроект № 11538.

5. Інтерпретації новел та значення Закону від 9 жовтня 2024 року, що викликають занепокоєння

Хоча від моменту набрання чинності Законом від 9 жовтня 2024 року не минуло й місяця він викликав жваве обговорення в юридичній та правозахисній спільноті. І, відверто кажучи, низка висловлених в рамках цього обговорення тез викликають занепокоєння з огляду на те, як саме вони інтерпретують новели та значення Закону від 9 жовтня 2024 року.

5.1. Чи дійсно стаття 442-1 КК «Злочини проти людяності» має зворотну дію в часі, оскільки це впливає зі статті 7(1) ЄКПЛ?!

З [повідомлення на веб-сайті Верховного Суду](#) за підсумками проведеного 17 жовтня 2024 року круглого столу впливає, що його учасники дійшли висновку про те, що запроваджена Законом від 9 жовтня 2024 року стаття 442-1 КК може бути застосована до дій, які були вчинені до набрання нею чинності. Як можна зрозуміти, привід для таких висновків учасникам круглого столу дала стаття 7(1) [Європейської конвенції з прав людини](#) (ЄКПЛ), згідно з якою «нікого не може бути визнано винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом» та практика застосування цієї статті

Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ), зокрема рішення ЄСПЛ у справі [Kononov v. Latvia](#).

На мій погляд, ця позиція глибоко помилкова та у випадку її впровадження в життя лише загрожуватиме Україні програними в ЄСПЛ справами у зв'язку з порушенням статті 7(1) ЄКПЛ.

Згадуючи поряд із національним законом міжнародне право, стаття 7(1) ЄКПЛ визнає, що поведінка людини може бути криміналізована не лише національним, але й міжнародним кримінальним правом. Тим самим стаття 7(1) ЄКПЛ допускає, що відповідальність осіб за злочини за міжнародним правом узгоджуватиметься з вимогами принципу законності, якщо дія (бездіяльність) на момент її вчинення визнавалася злочином згідно з міжнародним правом, але ще не визнавалася злочинами згідно з національним правом.

Втім, слід розуміти, що положення статті 7(1) ЄКПЛ виконують роль гарантій для людини у її відносинах з державою-учасницею ЄКПЛ, яка засуджує людину за певну дію (бездіяльність) як за кримінальне правопорушення. Тому стаття 7(1) ЄКПЛ:

(i) *не вимагає* від держав-учасниць засуджувати за дію (бездіяльність), що на момент її вчинення визнавалася злочином згідно з міжнародним правом, але не визнавалася злочином згідно з національним правом;

(ii) сама по собі *не є* правовою підставою для засудження особи за таких обставин;

(iii) *не призводить* до автоматичного виникнення такої правової підстави в національному кримінальному праві.

Держава-учасниця ЄКПЛ, приймаючи рішення про покарання дії (бездіяльності), що на момент її вчинення визнавалася злочином згідно з міжнародним правом, але ще не визнавалася злочином згідно з національним правом, по суті, має обирати між двома альтернативами:

а) засудити особу *безпосередньо* на підставі норми міжнародного кримінального права, яка була чинною на момент вчинення дії (бездіяльності);

б) надати *зворотну дію* в часі норми національного кримінального права, яка з'явилася пізніше.

Недоліком першої альтернативи є те, що звичаєві норми міжнародного кримінального права «недорозвинені»

порівняно з нормами національного кримінального права та не передбачають конкретних санкцій. Положення статутів міжнародних кримінальних трибуналів, які уповноважують трибунали призначати засудженим ними особами покарання певних видів на певний строк (розмір), стосуються лише компетенції конкретних трибуналів та не «віддзеркалюють» звичаєві норми міжнародного кримінального права. Тому державі, яка гіпотетично хотіла б на підставі норми міжнародного кримінального права засудити та покарати особу за дію (бездіяльність), що на момент її вчинення визнавалася злочином згідно з міжнародним правом, але ще не визнавалася злочином згідно з національним правом, так чи інакше довелося б ухвалювати кримінальний закон, який би пов'язував з порушенням норми-заборони міжнародного права певну санкцію. Саме тому держави-учасниці ЄКПЛ, зокрема держави Балтії, обирали другу альтернативу: надання зворотної дії нормі кримінального права, яка набрала чинності після того, коли дію (бездіяльність) вже було вчинено. На перший погляд, недоліком цієї альтернативи є надання нормі кримінального права зворотної дії в часі, що з погляду уявлень про принцип законності в кримінальному праві, які сформувався ще в ХІХ столітті, виглядає чимось немислимим. Втім, це не виглядає настільки неприйнятним, якщо пам'ятати, що йдеться про випадки, коли на момент вчинення дії (бездіяльності) остання вже була кримінально караною згідно з міжнародним правом. Щонайменше, у цьому випадку йдеться *не* про ту зворотну дію закону в часі, яка забороняється принципом законності в його класичному розумінні. Оскільки у багатьох правових системах національне кримінальне законодавство прямо забороняє зворотну дію в часу положень, які встановлюють чи посилюють кримінальну відповідальність, держави-учасниці ЄСПЛ, що зважувалися на надання зворотної дії в часі нормам національного кримінального права задля покарання осіб, які вчинили дії (бездіяльність), що на час їхнього вчинення визнавалися злочинами згідно з міжнародним правом, але ще не визнавалися злочинами згідно з національним правом, приймали для цього спеціальні законодавчі положення. Ці положення всупереч загальній забороні надавати зворотну дію в часі законам, що встановлюють чи посилюють кримінальну відповідальність, робили виняток стосовно законів, які

встановлювали на національному рівні відповідальність за злочини за міжнародним правом. Саме таке спеціальне положення дозволило засудити заявника у справі *Kononov v. Latvia* на підставі статті 68-3 Кримінального кодексу Латвії, якою цей Кодекс було доповнено у 1993 році і яка встановила відповідальність за воєнні злочини. Цим положенням була стаття 6-1, якою Кримінальний кодекс Латвії був доповнений у тому ж таки 1993 році й згідно з якою «особи, винні у злочинах проти людяності, геноциді, злочинах проти миру або воєнних злочинах, можуть бути засуджені незалежно від того, коли ці злочини були скоєні».

Повертаючись до ситуації зі статтею 442-1 КК, слід констатувати, що, доповнивши нею кримінальний закон, Закон від 9 жовтня 2024 року не містить спеціального положення, яке б надавало цьому положенню зворотну дію в часу, та не передбачає доповнення подібним положенням Загальної частини КК. У світлі цього видається, що будь-які спроби ретроактивного застосування статті 442-1 КК до дій (бездіяльності), які сталися до моменту набрання цією статтею чинності, з високою ймовірністю становитимуть порушення статті 7(1) ЄКПЛ.

Загалом, оскільки це конвенційне положення в аспекті злочинів за міжнародним правом каже, що для визнання засудження особи сумісним з його вимогами досить, щоб дія (бездіяльність), за яку засуджується особа, становила кримінальне правопорушення згідно з національним законом чи з міжнародним правом, державі слід добре «постаратися», щоб порушити статтю 7(1) ЄКПЛ. Наприклад, це сталося у справі [Vasiliauskas v. Lithuania](#) у зв'язку з тим, що законодавство Литви визначає ознаки геноциду ширше, ніж міжнародне право, допускаючи можливість вчинення геноциду членів соціальної групи, і заявника було засуджено як за геноцид в цьому «розширеному» розумінні за дії, які були вчинені ним на території Литви у період після Другої світової війни, тобто часи, коли чинне на території Литви кримінальне законодавство взагалі не визнавало злочин геноциду, а міжнародне кримінальне право не допускало (та й не допускає до сьогодні) можливість вчинення геноциду соціальної групи.

Гіпотетична практика застосування статті 442-1 КК до дій (бездіяльності), які були скоєні до набрання нею чинності, за

відсутності спеціального положення, що надавало б цій статті зворотну дію в часі, призведе до порушення статті 7(1) ЄКПЛ у дещо іншому аспекті. Стаття 7(1) ЄКПЛ вимагає від держави, щоб заявлена судом правова підстава засудження корелювала з фактичною стороною обвинувачення. У випадках зі злочинами за міжнародним правом правовою основою засудження, як зазначалося вище, може бути як норма національного, так і норма міжнародного кримінального права. Однак важливо, щоб чинність цієї норми, яка кладеться в основу засудження особи, поширювалася на дії (бездіяльність) особи, за яку вона засуджується, інакше кореляції між фактичною та правовою підставою засудження не буде. У разі, якщо особу буде засуджено за дію (бездіяльність), яка була вчинена до набрання чинності статтею 442-1 КК, на підставі цієї статті, засудження у підсумку не ґрунтуватиметься:

а) ні на нормі міжнародного кримінального права, що була чинною на час вчинення дії (бездіяльності), оскільки ця норма не кладеться в основу засудження як його правова підстава;

б) ні на нормі національного права, оскільки згідно з ч. 1 ст. 5 КК стаття 442-1 є законом, що встановлює кримінальну протиправність діяння, а тому не має зворотної дії в часі й не поширюється на дії (бездіяльність), що сталися до набрання цим законом чинності, й при цьому Закон від 9 жовтня 2024 року, на відміну від Закону від 20 травня 2021 року та законопроєкту № 7290, не запроваджує спеціального законодавчого положення, яке б поширювало чинність статті 442-1 КК на випадки, що сталися раніше. Такий правовий ефект не впливає зі статті 5 КК, а спеціального положення, який би його забезпечував, Закон від 9 жовтня 2024 року, як зазначалося вище, не впроваджує.

Таким чином, можливе застосування статті 442-1 КК до дії (бездіяльності), що була вчинена до набрання цією статтею чинності, породить несумісну зі статтею 7(1) ЄКПЛ ситуацію, коли фактична підстава засудження особи не корелюватиме з покладеною в її основу правовою підставою, оскільки чинність останньої не поширювалася на момент, коли склалася фактична підстава.

5.2. Чи дійсно, що стаття 31-1 КК є конкретизацією положень кримінального закону, що були чинні раніше?!

У згаданому вище повідомленні про круглий стіл, який відбувся 17 жовтня 2024 року, стверджується, що «можливість притягнення командирів до відповідальності за воєнні злочини, вчинені їхніми підлеглими, була передбачена КК України й раніше», а «поява окремої статті в Кодексі є конкретизацією самого поняття командної відповідальності».

З першим із цих тверджень загалом можна погодитися. [На мій погляд](#), формулювання «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» в тексті ч. 1 ст. 438 КК охоплює з-поміж іншого й згадане в статті 86(2) ДП І невиконання військовими командирами всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для «відвернення або переривання» серйозних порушень Женевських конвенцій про захист жертв війни від 1949 року та ДП І, скоєних їхніми підлеглими. Подібна позиція підтримується й, наприклад, в [“Настільній книзі судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини”](#) та [інших публікаціях](#).

Однак статтю 31-1 КК не можна вважати суто «конкретизацією самого поняття командної відповідальності», як про це заявлено в пресрелізі за підсумками круглого столу. У цілій низці аспектів вона створює нові підстави кримінальної відповідальності, які не випливають з ч. 1 ст. 438 КК, витлумаченої у зв'язку зі статтею 86(2) ДП І:

а) оскільки в цілому ДП І стосується лише контексту *міжнародних збройних конфліктів*, закономірно, що й у статті 86(2) ДП І йдеться про осіб, які можуть вважатися військовими командирами на боці сторін виключно такого типу збройного конфлікту. Крім того, зі статті 86(2) ДП І, взятої у зв'язку зі статтею 87(3) ДП І, випливає, що обидва ці положення стосуються лише військових командирів, але не цивільних начальників. Своєю чергою стаття 31-1 КК, наслідуючи статтю 28 РС, охоплює як бездіяльність військових командирів, так і бездіяльність осіб, що фактично діють як військові командири (зокрема, осіб, що виконують командні функції в складі збройних формувань, які беруть участь у збройному конфлікті неміжнародного характеру), та бездіяльність цивільних начальників;

б) в статті 86(2) ДП І ментальне ставлення військового командира до порушень підлеглих описується словами «*if they*

knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time». В офіційному перекладі українською це звучить як «якщо вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обставинах, що існували на той час», хоча доречніше розуміти цей фрагмент як «якщо вони знали або мали у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обставинах, що існували на той час». Хай там як, проте це явно контрастує із запозиченою до статті 31-1 КК зі статті 28(a) РС формулою «знав або, зважаючи на обставини, що склалися на той час, повинен був і міг знати», яка значно розширює межі відповідальності військових командирів;

в) в офіційному перекладі статті 86(2) ДП I українською вказується, що проявами бездіяльності військових командирів, які зумовили порушення МГП їхніми підлеглими та вимагають кримінальної відповідальності командирів, є невжиття заходів для «відвернення або перепинення» порушення, хоча, як видається, це не найточніше передає семантику термінів «*prevent or repress*», вжитих в автентичному тексті Протоколу, складеному англійською мовою. З усім тим стаття 31-1 КК, знову ж таки орієнтуючись на статтю 28 РС, описує бездіяльність суб'єктів командної відповідальності за допомогою тріади термінів «*[невжиття дій (заходів) щодо] запобігання злочину підлеглого — припинення вчинення такого злочину — повідомлення про цей злочин компетентного органу*», зміст яких, принаймні на перший погляд, виглядає ширшим за пару «відвернення — перепинення»;

г) зрештою, у статті 86(2) ДП I йдеться про відповідальність військових командирів за бездіяльність, яка зумовила лише ті воєнні злочини підлеглих, що є серйозними порушеннями Женевських конвенцій про захист жертв війни від 1949 року та ДП I, тоді як стаття 31-1 КК передбачає відповідальність військових командирів (осіб, що фактично діють як військові командири) та інших начальників за бездіяльність, що зумовила вчинення підлеглими значно ширшого кола діянь. Наприклад, серйозних порушень, передбачених статтею 15(1) Другого протоколу до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року від 1999 року, або взагалі злочинів проти людяності, які можуть вчинятися й

поза контекстом збройного конфлікту та не мати жодного «зв'язку» з нормами МГП.

Таким чином, якщо в аспекті тих діянь військових командирів, які до набрання чинності статтею 31-1 КК охоплювалися передбаченим ч. 1 ст. 438 КК формулюванням «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», статтю 31-1 КК умовно можна вважати «конкретизацією» ч. 1 ст. 438 КК, то в багатьох інших аспектах стаття 31-1 КК у поєднанні з відповідними положеннями Особливої частини КК створює нові підстави кримінальної відповідальності осіб, яких не існувало до набрання цією статтею чинності. У будь-якому випадку, оскільки стаття 31-1 КК не є законом, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність чи іншим чином поліпшує становище особи, вона не може застосовуватися до випадків бездіяльності суб'єктів командної відповідальності, вчинених до набрання вказаною статтею чинності.

5.3. Чи дійсно, що тепер ч. 1 ст. 438 КК в частині слів «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» відсилає й до Римського статуту?!

Законопроект № 11484 був внесений Президентом України на розгляд ВРУ разом із проектом Закону України № 0285 «Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього». Останній був прийнятий парламентом як закон ще 21 серпня 2024 року, однак згідно з його пунктом 3 набув чинності одночасно з набранням чинності Законом від 9 жовтня 2024 року.

Ратифікація Україною РС дала привід для суджень про те, що ця подія опосередковано вплинула на зміст статті 438 КК. Зокрема, [дехто із колег](#) переконаний, що тепер РС став одним із тих міжнародних договорів, які мають на увазі у бланкетній складовій ч. 1 ст. 438 КК, що звучить як «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою

України». На мій погляд, з цим не можна погодитися як з погляду українського, так і з погляду міжнародного права.

Почнемо з того, що слова «порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами» гіпотетично можна тлумачити в один із двох способів:

а) у ч. 1 ст. 438 КК маються на увазі ті порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України («ПОРУШЕННЯ законів та звичаїв війни, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНІ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ»);

б) у ч. 1 ст. 438 КК маються на увазі порушення тих законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України («порушення ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНІ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ»).

Важливо, що ці два підходи до тлумачення ч. 1 ст. 438 КК явно несумісні між собою, тобто послідовне та несуперечливе тлумачення цього законодавчого положення може забезпечити звернення *виключно* до одного з них. З цих двох підходів з погляду українського права прийнятним видається лише *другий*. Усталене в українській судовій практиці тлумачення бланкетних відсилань положень Особливої частини КК, сформульованих за шаблоном «порушення правил у певній сфері» передбачає звернення до тих джерел права, які *встановлюють правила*, що врегульовують відповідну сферу, але не до джерел права, які *передбачають порушення правил* у цій сфері.

Скажімо, статті 286-288 КК передбачають відповідальність за порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту та порушення нормативно-правових актів, норм і правил, що стосуються убезпечення дорожнього руху. Згідно з усталеними позиціями [судової практики](#) у вироках в цих справах має вказуватися «норми яких правил, інструкцій, інших нормативних актів не додержано». Таким чином, наприклад, стаття 286 КК «Порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами» відсилає до затверджених КМУ Правил дорожнього руху, але не до положень Кодексу України про адміністративні правопорушення, які описують порушення цих правил.

У такого підходу до тлумачення бланкетних відсилань типу «порушення правил у певній сфері», як видається, є конституційне підґрунтя. Воно гарантує сумісність положень КК, що містять відсилання подібного типу, з п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, згідно з яким виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них. Навіть тоді, коли для розкриття бланкетних відсилань типу «порушення правил у певній сфері» об'єктивно слід звертатися до підзаконних нормативно-правових актів, як-от до Правил дорожнього руху, таке звернення цілком відповідатиме вказаній конституційній вимозі, оскільки воно забезпечуватиме з'ясування змісту кримінально-правової заборони (джерело права, до якого відсилає бланкетне положення кримінального закону виконує роль своєрідного «довідника»), але саме рішення про запровадження такої заборони («визначення того, яке діяння є злочином») втілюватиметься в (кримінальному) законі України, як того і вимагає п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України. У протилежному випадку, якби бланкетні відсилання типу «порушення правил у певній сфері» слід було б тлумачити як такі, що відсилають до джерел права, що визначають певну поведінку правопорушенням, це означало б, що тоді, коли відсилання переадресовує тлумача до підзаконного нормативно-правового акту, рішення про визначення того, яке діяння є злочином, ухвалювалося б щонайменше спільно парламентом та органом виконавчої влади. У таких випадках виходило б, що парламент погоджується з тим, що об'єктивні та суб'єктивні ознаки кримінального правопорушення можуть визначатися органом виконавчої влади, хоча конституційні положення не містять підстав для подібного делегування повноважень.

Ці міркування виглядають цілком застосовними й для цілей тлумачення ч. 1 ст. 438 КК. Якщо прийняти варіант тлумачення ч. 1 ст. 438 КК, згідно з яким вона відсилає до міжнародних договорів, що передбачають порушення законів та звичаїв війни, це ставило б під сумнів конституційність цього положення кримінального закону, оскільки виходило б, що в питанні визначення того, які діяння є воєнними злочинами за українським правом, ВРУ ділилася б повноваженнями навіть не з іншим органом влади України, а з іншими державами.

Отже, якщо конституційно прийнятним є лише таке тлумачення ч. 1 ст. 438 КК, згідно з яким вона відсилає до міжнародних договорів, що передбачають закони та звичаї війни, а не порушення законів та звичаїв війни, то це законодавче положення точно не відсилає до Римського статуту. Цей міжнародний договір, на відміну від, скажімо, Женевських конвенцій про захист жертв війни від 1949 року, не закріплює закони та звичаї війни (правила МГП), а лише уповноважує міжнародну судову установу (МКС) розслідувати порушення окремих законів та звичаїв війни й переслідувати та карати тих, хто їх скоїв. Звісно, з положень РС можна робити певні висновки щодо змісту правил МГП, як-от у наведеному вище прикладі із заборною нападів з усвідомленням того, що вони призведуть до масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретно та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою, однак як такі РС ці правила не закріплює й тому не є міжнародним договором, який передбачає закони та звичаї війни.

По-друге, якщо навіть тлумачити ч. 1 ст. 438 КК у спосіб, згідно з яким вона відсилає до міжнародних договорів, що передбачають порушення законів та звичаїв війни, то Римський статут не може вважатися подібним договором. Очевидно, що для того, щоб міжнародний договір можна було вважати таким, що передбачає порушення законів та звичаїв війни, він повинен прямо оголошувати певну поведінку подібним порушенням, як-от це робить стаття 147 ЖК IV.

Проте, як впливає зі статті 5 РС, його стаття 8 «Воєнні злочини» лише визначає, які воєнні злочини (серйозні порушення МГП) *належать до юрисдикції* МКС. Інакше кажучи, стаття 8 РС має не матеріально-правовий, а юрисдикційний характер, і тому адресована виключно МКС.

По-третє, якщо навіть погодитися з тим, що (i) ч. 1 ст. 438 КК відсилає до міжнародних договорів, які передбачають порушення законів та звичаїв війни, й (ii) Римський статут є таким договором, це означатиме відкриття «скриньки Пандори», що може підірвати зусилля України з переслідування та покарання російських воєнних злочинців. Тим, хто стверджує про існування подібного «зв'язку» між ч. 1 ст. 438 КК та РС, слід визнати, що *не* можна вести мову про певну поведінку як про

«порушення законів та звичаїв війни, передбачених Римським статутом», орієнтуючись суто на статтю 8 РС. У такому випадку до уваги мають братися й положення РС щодо *ментального (винного, суб'єктивного) ставлення* (стаття 30) особи до своєї дії (бездіяльності) та щодо *обставин, які виключають відповідальність особи* (стаття 31). Причому ці положення в низці аспектів істотно різняться від положень Загальної частини КК, що розв'язують аналогічні питання. Скажімо, згідно зі статтею 24 КК умисне ставлення особи до вчинюваної дії (бездіяльності) виявляється в усвідомленні суспільно небезпечного характеру останньої, а згідно зі 30(2)(а) РС — в намірі її вчинити; згідно зі статтею 31(1)(b) РС стан алкогольної інтоксикації в окремих випадках виключає відповідальність особи, тоді як згідно зі статтею 21 КК такий стан ніколи не виключає відповідальності. У підсумку українські правозастосувачі опиняться перед дилемою: здійснювати правову кваліфікацію «порушень законів та звичаїв війни, передбачених Римським статутом» з урахуванням положень Загальної частини КК чи з урахуванням аналогічних положень РС. Причому обидва можливі способи розв'язання цієї дилеми не видаються юридично «чистими». У випадку звернення до положень Загальної частини КК не буде підстав вважати, що інкримінована особі дія (бездіяльність) є «справжнім» «порушенням законів та звичаїв війни, передбачених Римським статутом», а у випадку звернення до положень РС — не зрозуміло, у зв'язку з чим відбуватимуться відступи від положень Загальної частини КК на фоні відсутності у них застережень, що обумовлювали б такі відступи.

По-четверте, підхід, згідно з яким ч. 1 ст. 438 КК відсилає до міжнародних договорів, що передбачають порушення законів та звичаїв війни, а Римський статут є таким договором, закономірне ставить під сумнів ті постановлені раніше українськими судами [вироки](#) за статтею 438 КК, в яких суди, засуджуючи обвинувачених за «*інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України*», (і) клали в основу правової кваліфікації виключно «регулятивні» положення міжнародних договорів у сфері МГП, що вимагають від сторін збройного конфлікту дотримання обмежень при веденні бойових дій та певного поведіння з

особами, які опинилися під владою сторін, і (ii) взагалі не посилалися на положення міжнародних договорів, що ідентифікують певну поведінку як (серйозні) порушення МГП (наприклад, на статтю 147 ЖК IV). Ці вироки виявляться заснованими на принципово невірному тлумаченні ч. 1 ст. 438 КУ, а отже — такими, в яких кримінальний закон було застосовано неправильно. Відтак штучне «з'єднання» ч. 1 ст. 438 КК з Римським статутом, яке обстоюють деякі колеги, виглядає як типовий приклад «пострілу собі в ногу».

В. ЗАКОНОПРОЄКТ № 11538

На відміну від більшості законопроектів, що розглядалися вище, законопроект № 11538 передбачає розв'язання проблеми гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом не шляхом внесення змін до КК, а шляхом прийняття окремого закону, який би співіснував з КК, подібно до того як німецький [Кодекс злочинів проти міжнародного права](#) чи голландський [Закон про міжнародні злочини](#) співіснують з місцевими кримінальними кодексами.

Долучаючись у 2015 році до роботи над законодавчими змінами у сфері гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом, я був переконаний, що шлях прийняття окремого закону є оптимальним, оскільки він робить законодавчі положення про відповідальність за злочини за міжнародним правом максимально герметичними й цілісними, та, виходячи з цього, підготував можливий текст такого закону. Втім, під час першої зустрічі експертів, організованої в лютому 2016 року Центром громадянських свобод, колеги цілком резонно зауважили, що реалістичнішим є шлях внесення змін до розділу XX Особливої частини КК. Відтоді саме в цьому напрямку рухалася робота над законопроектом № 9438, а згодом і над Законом від 20 травня 2021 року.

Попри моє загалом прихильне ставлення до моделі гармонізації національного кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом, яку уособлює законопроект № 11538, я, на жаль, не можу оцінити його позитивно. По-перше, через те, що він не кращим чином

відповідає на виклики, які породжує потенційне співіснування КК та іншого закону, який «паралельно» криміналізуватиме людську поведінку. По-друге, тому, що він до кінця не розв'язує усіх проблем, які залишив по собі Закон від 9 жовтня 2024 року. По-третє, тому, що він несе ризик виникнення нових проблем.

Вкрай прикро, що замість того, щоб повернути законопроект № 11538 та супутній йому законопроект № 11539 на доопрацювання суб'єктам законодавчої ініціативи, парламент 5 грудня 2024 року прийняв обидва законопроекти в першому читанні. На жаль, кількість «слабких місць» цих законопроектів є настільки великою, що не залишається надії на те, що в рамках другого читання їхній текст буде приведений до прийняттого стану.

1. Ймовірна неконституційність законопроекту

Законопроект № 11538 містить цілу низку положень, що мають заборонити під загрозою покарання злочини за міжнародним правом (злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини, злочин агресії), які називаються в тексті проекту «міжнародними злочинами». При цьому законопроект не передбачає внесення змін чи виключення з КК статей 437, 438, 442 та 442-1 КК, що значним чином вже встановлюють відповідальність за подібну поведінку. Натомість ч. 2 ст. 3 законопроекту передбачає, що *«статті 436, 437, 438 і 442 Кримінального кодексу України не застосовуються до злочинів, учинених під час чинності цього Закону»*. По-перше, з пояснювальної записки абсолютно не очевидна мета такого кроку. Який сенс ухвалювати рішення про *«не-застосування»* статей 436, 437, 438, 442 КК, якщо їх можна просто виключити з тексту Кодексу?! По-друге, і найгірше, рішення парламенту про *«незастосування»* певних положень чинного закону не відповідає Конституції України. Визначаючи початковий момент *«юридичного буття»* закону, ч. 5 ст. 94 Конституції України говорить лише про його *чинність* й, відповідно, *не згадує застосовність* як його окрему властивість. Згідно з [усталеною практикою Конституційного Суду України](#) втрата законом чинності веде до того, що він не підлягає застосуванню. Таким чином, застосовність закону нерозривна пов'язана з його чинністю. Відтак немає підстав вважати, що Конституція України

наділяє Верховну Раду України повноваженнями ухвалювати рішення про «не-застосування» законів, зберігаючи при цьому їхню чинність.

У разі прийняття законопроекту № 11538 як закону конструкція «незастосування» чинного закону через свою сумнівну сумісність з Конституцією України дасть привід для звернень осіб, засуджених на підставі такого закону, з конституційними скаргами про визнання закону неконституційним та для скарг до ЄСПЛ. Наприклад, особи, засуджені за воєнні злочини, вчинені після прийняття законопроекту № 11538 як закону та набрання ним чинності, цілком ймовірно будуть порушувати питання про те, що для них *не було передбачуваним* призначення їм більш суворих покарань, передбачених конституційно сумнівним законопроектом № 11538 (наприклад, згідно зі статтею 25 законопроекту № 11538 катування військовополоненого пропонується карати позбавленням волі на строк від двадцяти до тридцяти років позбавлення волі), а не більш м'яких покарань, передбачених чинною, але нібито «не застосовною» статтею 438 КК (наприклад, катування військовополоненого згідно з ч. 1 ст. 438 КК може каратися позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років), та стверджувати про порушення з боку України сталосся порушення статті 7(1) (Ніякого покарання без закону) ЄКПЛ.

Загалом ч. 2 ст. 3 законопроекту виглядає як дивний «пас» у бік тих українських правозастосувачів, які поширюють глибоко хибний наратив про те, що будь-які законодавчі зміни до положень українського законодавства про відповідальність за злочини проти міжнародного права нібито призведуть до необхідності зміни правової кваліфікації у тих десятках тисяч кримінальних проваджень, які розслідують українські правоохоронці, а з цим — і до збільшення зайвої паперової роботи. Втім, у світлі статті 5 КК очевидно, що перекваліфікація дій обвинувачених необхідна лише тоді, коли новий закон скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшують кримінальну відповідальність чи іншим чином поліпшують становище особи, а відтак має зворотну дію в часі. Однак це явно не стосується законопроекту № 11538, положення якого, навпаки, зумовлюють лише або встановлення кримінальної протиправності діяння, або посилення кримінальної

відповідальності, або погіршення становища особи іншим чином.

2. Сумнівне розв'язання проблеми співіснування КК та окремого закону, що також криміналізує людську поведінку

Запровадження поруч з КК окремого закону, який би криміналізував злочини за міжнародним правом, потребує значно більш системного перегляду положень Загальної частини КК, ніж пропонує супутній до законопроєкту № 11538 [проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку із прийняттям Закону України «Про кримінальну відповідальність за міжнародні злочини» № 11539](#) (законопроєкт № 11539).

Законопроєкт № 11539 передбачає внесення змін до статей 2 та 3 КК, які, на перший погляд, мають зв'язати законопроєкт № 11538 з КК. Зокрема, згідно з цими змінами кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки мають визначатися не «цим Кодексом», а «законодавством України про кримінальну відповідальність». Зі свого боку ч. 1 ст. 3 законопроєкту № 11538 передбачає, що положення КК застосовуються при кваліфікації міжнародних злочинів, призначенні за них покарання чи визначенні інших кримінально-правових наслідків їхнього вчинення, якщо тільки цим Законом не передбачено інше.

Проблема, однак, полягає в тому, що чимало положень Загальної частини КК сформульовані з *внутрішніми відсиланнями* до інших положень КК, свідченням чого зазвичай є слова «цей Кодекс» (та похідні від них) у тексті таких положень. Зважаючи на те, що аналогія закону, на добре чи на погане, заборонена згідно з ч. 4 ст. 3 КК, слова «цей Кодекс» (та похідні від них) не можливо буде тлумачити як такі, що позначають і КК, і Закон України «Про кримінальну відповідальність за міжнародні злочини», у випадку прийняття останнього.

Наприклад, ч. 1 ст. 15 КК визначає замах на кримінальне правопорушення як вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення кримінального правопорушення, передбаченого відповідною *статтею Особливої частини цього Кодексу*, якщо при цьому кримінальне правопорушення не було доведено до

кінця з причин, що не залежали від її волі. Це положення, з огляду на причини, що були зазначені вище, не може бути застосовано до випадків вчинення міжнародних злочинів без *внесення до нього змін*, навіть попри те, що ч. 3 ст. 8 законопроект № 11538 містить спеціальне правило кваліфікації замаху на міжнародний злочин.

3. Спiрнiсть предмета законопроектy

З незрозумілих причин у тексті законопроектy № 11538 знайшлося місце положенням, присвяченим проявам поведінки, що згідно з міжнародним кримінальним правом не визнаються окремими видами злочинів за міжнародним правом.

По-перше, у статті 27 законопроектy йдеться про такий злочин як *пропаганда акту агресії*, хоча цей тип поведінки не згадується в тексті Римського статуту, «повної відповідності» з яким начебто прагне законопроект № 11538. Та й взагалі на сьогодні не існує жодної звичаєвої чи договірної норми міжнародного права, яка не те що забороняла б пропаганду акту агресії, а просто покладала б на держави зобов'язання криміналізувати таку поведінку. Лише стаття 20(1) [Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 1966 року](#) вимагає, щоб пропаганда війни була заборонена законом. Однак ця вимога не передбачає обов'язкової криміналізації такого типу висловлювань. Таким чином, криміналізація пропаганди акту агресії є суверенним рішенням України, а не вимогою міжнародного права. Лише з цієї причини пропаганду акту агресії недоречно ставити в один ряд зі злочином геноциду, злочинами проти людяності, воєнними злочинами та злочином агресії. Відповідальність за подібну поведінку у випадку прийняття окремого закону про відповідальність за злочини за міжнародним правом має наставати не на підставі цього закону, а на підставі положень КК. Нині таким положенням є його стаття 436 Кодексу.

По-друге, стаття 18 законопроектy № 11538 передбачає криміналізацію *керівництва злочином геноциду*. Мета такого кроку також геть не зрозуміла, оскільки міжнародному праву невідомий подібний вид злочину. У правовій рамці РС дії, про які йдеться в статті 18, будуть тягти для особи відповідальність за

геноцид з огляду на різні так звані *режими відповідальності (modes of responsibility)*, передбачені статтею 25 РС. З погляду положень чинного кримінального законодавства України такі дії цілком можуть розглядатися як виконавство, організація чи підбурювання до геноциду (стаття 27 КК).

4. Численні відступи від положень Римського статуту

На відміну від, скажімо, законопроектів №№ 2689 та 7290, законопроект № 11538 був внесений на розгляд ВРУ вже після прийняття парламентом закону про ратифікацію РС та поправок до нього, додатками до якого були, відповідно, офіційний переклад РС і поправок до нього.

У світлі цього було б логічно, якби законопроект № 11538, у пояснювальній записці до якого зазначається, що його метою є приведення українського кримінального законодавства «у повну відповідність» до вимог РС, максимально відповідав би тексту офіційного перекладу РС, схваленого ВРУ. Однак, на жаль, між текстом законопроекту та текстом РС і близько немає повної відповідності.

І якщо можна припустити, що окремі розбіжності між текстом РС та законопроекту № 11538 — як-от те, що в статті 7(1) РС вживається термін «*обернення в рабство*», а в статті 21 законопроекту № 11538 — термін «*поневолення*», або те, що у статті 8(2)(b) та (e) РС вживаються термінологічні звороти «*використання голодування цивільного населення як методу ведення війни*» та «*застосування голодомору цивільного населення як методу ведення війни*», а в статті 25 законопроекту № 11538 — «*використання голоду цивільного населення як методу ведення війни*», — не створять серйозних проблем у випадку прийняття законопроекту як закону, то в інших випадках за текстуальними розбіжностями приховані розбіжності глибшого (сутнісного) характеру.

Наприклад, вже згаданий вище пункт «к» статті 7(1) РС звучить як «*інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю*», а в статті 21 законопроекту № 11538 йдеться про «*інше діяння, що полягає в заподіянні сильних страждань чи тяжкому насильстві, чи шкоди фізичному або психічному здоров'ю*», що

буквально не вимагає *подібності* таких діянь до інших проявів злочинів проти людяності.

Інший приклад — згідно зі статтею 8(2)(b)(vii) РС до юрисдикції МКС віднесено воєнний злочин неналежного використання прапора парламентарера, прапора чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також *розпізнавальних емблем*, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є *смерть* або *заподіяння особі серйозних ушкоджень*. Законопроект № 11538, своєю чергою, пропонує криміналізувати неналежне використання прапора парламентарера, прапора чи військового знаку розрізнення або форми ворога чи Організації Об'єднаних Націй чи розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, що спричинило *тяжку шкоду здоров'ю людини* (але не серйозні ушкодження, як каже стаття 8(2)(b)(vii) РС!) (стаття 23), і при цьому, на відміну від статті 8(2)(b)(vii) РС не згадує про випадки, коли зазначені дії призвели до *смерті людини*. Крім того, у статті 25 пропонується криміналізувати ще й неналежне використання *відмітної емблеми* чи *розпізнавального знака* (але не розпізнавальних емблем, як у статті 8(2)(b)(vii) РС та статті 25 законопроекту!), встановлених МГП, що *піддає небезпеці особу чи осіб*. І це при тому, що, по-перше, в статті 8(2) РС такий воєнний злочин не згадується, а, по-друге, статті 435 та 445 КК, які законопроект, на відміну від статей 436, 437, 438, 442 КК, не пропонує визнати такими, що «не застосовуються», встановлюють відповідальність за, відповідно, *незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала та зловживання нею та незаконне використання символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Кристала, крім випадків, передбачених цим Кодексом*. При всьому бажанні складно зрозуміти, як слід розв'язувати цей юридичний «ребус».

5. Відсутність відступів від тексту РС тоді, коли вони були б необхідними

Низці положень законопроекту № 11538 відверто бракує «сміливості» відступити від тексту РС, оскільки з певних причин сам цей текст не є ідеальним. Це стосується, наприклад, такої форми злочинів проти людяності як *вимищення*. Стаття 7(2)(b)

РС визначає його як «умисне створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення, *inter alia* позбавлення доступу до харчових продуктів й лікарських засобів», не згадуючи, що така поведінка охоплює заподіяння смерті хоча б одній людині, а в Елементах злочинів до цього положення РС, навпаки, наголошується на тому, що винищення передбачає позбавлення життя однієї чи декількох осіб. Коли, працюючи у 2016 році над текстом майбутнього законопроєкту № 9438, ми з колегами зіткнулися з цією проблемою, нам здалося, що проста згадка у КК про винищення як форму злочинів проти людяності без жодної її конкретизації або ж визначення цього поняття так, як воно визначається в статті 7(2)(b) РС, можуть призвести до того, що в українській правовій системі цей термін буде розумітися невиправдано вузько. У підсумку було ухвалене компромісне рішення визначити поняття «винищення» у спосіб, який би поєднував ознаки, перераховані і в статті 7(2)(b) РС, і в Елементах злочинів: *«під винищенням слід розуміти позбавлення життя однієї людини чи кількох людей, вчинене з метою знищення частини населення, у тому числі шляхом позбавлення доступу до харчових продуктів та лікарських засобів»*. Це визначення увійшло до тексту законопроєкту № 9438 та з низкою текстуальних відмінностей — до тексту Закону від 20 травня 2021 року. На жаль, законопроєкт № 11538 взагалі ігнорує цю проблему, згадуючи винищення як форму злочинів проти людяності, але не даючи жодного визначення цього поняття.

Відступи від тексту РС виглядали б виправданими і тоді, коли офіційний переклад певних термінів чи формулювань українською був би відверто невдалим, однак законопроєкт № 11538 цього не робить. Скажімо, він використовує для характеристики другої форми геноциду формулювання *«тяжке тілесне ушкодження»*, про недоречність якого в цьому контексті йшлося вище.

6. Явно хибні рішення з погляду міжнародного права

Зрештою, не можна не відмітити, що законопроєкту № 11538 не вдалося уникнути явно хибних рішень з погляду міжнародного права.

Скажімо, в тексті проєкту є декілька прикладів, коли декілька окремих воєнних злочинів за міжнародним правом «зливаються» у законопроєкту в один воєнний злочин. Наприклад, стаття 8(2)(а) РС розрізняє воєнні злочини «нелюдського поводження» та «умисного заподіяння сильних страждань», а в статті 25 законопроєкту № 11538 вони «зливаються» в один злочин «здійснення іншого нелюдського поводження щодо неї, що полягає в заподіянні сильних страждань». Крім того, стаття 25 законопроєкту виглядає явно помилково сформульованою й у частині віроломного поранення, що визначається як поранення «представника збройних сил або особи, що бере безпосередню участь у бойових діях, яка склала зброю чи з іншої причини не має більше засобів захисту (особи, що залишила з парашутом збитий літак, затримана тощо) і не перебуває під владою протилежної сторони конфлікту». У цьому випадку відверто «змішані» між собою воєнний злочин у вигляді поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався (стаття 8(2)(b)(vi) РС) та воєнний злочин у вигляді віроломного поранення (стаття 8(2)(b)(xi) РС). Це жодним чином не можна виправдати з погляду міжнародного кримінального та гуманітарного права, оскільки заборона віроломства, тобто дій, спрямованих на те, щоб викликати довіру противника і примусити його повірити, що він має право на захист або зобов'язаний надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів, з метою обману такої довіри (стаття 37 ДП I) та захист осіб, що перебувають у стані *hors de combat* (статті 41, 42 ДП I), мають різну генезу. Спрощено кажучи, для поранення осіб, які перебувають в стані *hors de combat*, за визначенням немає сенсу вдаватися до віроломства.

Інший приклад — стаття 22 законопроєкту 11538, з одного боку, вказує на те, що в ній ідеться про порушення норм МГП, «встановлених у статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року», а потім конкретизує, що одним з таких порушень є віроломне вбивство. Проблема полягає в тому, що у статті 3, спільній для Женевських конвенцій від 1949 року, йдеться про мінімальні гарантії поводження з особами, які перебувають під владою сторони збройного конфлікту, тоді як віроломне вбивство (стаття 37 ДП I)

вчиняється в контексті *ведення бойових дій* стосовно осіб, що не потрапили під владу сторони, представник якої вчиняє вбивство.

IV. ПІСЛЯМОВА: ВІД ПОГАНОВОГО ДО ГІРШОВОГО

Якщо спробувати дати оцінку процесу гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом за допомогою одного слова, то на думку спадає лише слово «погано». Погано, що на хоч які-небудь законодавчі зміни в цьому напрямку знадобилося дев'ять років. Погано, що ці зміни не забезпечили приведення КК у відповідність з міжнародним правом «повністю та відразу», а завідомо заклали підґрунтя для наступних етапів законодавчого «марафону» з незрозумілою перспективою його завершення. Погано, що прийнятий парламентом у 2021 році комплексний закон, який максимально зближував український кримінальний закон з міжнародним правом, з незрозумілих причин був «відкладений до грецьких календ».

Однак ще гірше, що починаючи з 2021 року гармонізація українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом впевнено та, схоже, незворотно перетворюється на юридичний карго-культ, де процес остаточно стає важливішим за результат і набуває ознак сумнівного змагання, де суб'єктивне та прагматичне тотально переважає юридичне та де для розв'язання складних проблем пропонуються прості й поверхові рішення.

Звісно, далеко не в одній країні шлях гармонізації національного законодавства з міжнародним кримінальним правом був легким, але не пригадую іншого випадку, коли б цей шлях супроводжувався таким «букетом» штучних перешкод та проблем, як в Україні. Це виглядає особливо прикрим у світлі того, що український народ чи не найбільше в сучасній історії потерпів та продовжує потерпати від злочинів за міжнародним правом.