



Ukrainian
International
Criminal
Justice
Week

Експертне опитування

Як завершити гармонізацію
кримінального законодавства України
з міжнародним кримінальним правом?



center for civil
liberties
центр громадянських
свобод

Стан справ

з гармонізацією кримінального
законодавства України
з міжнародним кримінальним правом

Початок російської збройної агресії проти України у 2014 році виявив, що кримінальне законодавство України не повністю відповідає положенням міжнародного кримінального права.

У 2015 році Центр громадянських свобод спільно з партнерами по коаліції «Правозахисний порядок денний» ініціював підготовку змін до Кримінального кодексу України (КК України), які, маючи у своїй основі Римський статут Міжнародного кримінального суду та інші джерела міжнародного гуманітарного та кримінального права, з-поміж іншого доповнили б кримінальний закон статтею про злочини проти людяності, привели б статті про злочин агресивної війни (стаття 437 КК України) та геноцид (стаття 442 КК України) у відповідність з міжнародним правом, запровадили б розлогий та вичерпний «каталог» воєнних злочинів замість напівblankетної статті 438 КК України, імплементували б в кримінальне законодавство України інститут командної відповідальності. Підготовлений групою українських та іноземних експертів текст законопроекту був у 2016 році переданий до Міністерства юстиції України, доопрацьований там та внесений Кабінетом Міністрів України (КМУ) на розгляд Верховної Ради України (ВРУ) у 2018 році (проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення гармонізації кримінального законодавства з положеннями міжнародного права» № 9438 від 20.12.2018 року). У 2019 році цей законопроект був прийнятий ВРУ VIII скликання в першому читанні.

У ВРУ IX скликання законопроект № 9438 був допрацьований Комітетом з питань правоохоронної діяльності та заново внесений на розгляд парламенту у 2019 році (проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» № 2689 від 27.12.2019 року). 20 травня 2021 року цей законопроект був прийнятий в цілому як закон, однак, на жаль, він і досі не підписаний Президентом України всупереч прямій вимозі статті 94 Конституції України.

У квітні 2022 року, коли російське вторгнення в Україну набуло максимально широких масштабів, КМУ вніс на розгляд парламенту нову законодавчу ініціативу (проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України» № 7290 від 15.04.2022 року), текст якої за певними виключеннями дублював текст Закону від 20 травня 2021 року. Законопроект № 7290 й досі не розглянутий парламентом навіть у першому читанні.

Певні позитивні зрушення приніс із собою Закон 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» від 09.10.2024 року № 4012-IX. Зокрема, закон доповнив КК України статтями 31-1 «Кримінальна відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників» та 442-1 «Злочини проти людяності», ближчою до міжнародного права стала стаття 442. Втім, цей закон розставив далеко не всі крапки над «і» в питанні гармонізації кримінального законодавства України з міжнародним правом.

У вересні 2024 року велика група народних депутатів України внесла на розгляд парламенту проєкт Закону України «Про кримінальну відповідальність за міжнародні злочини» № 11538 від 02.09.2024 року. На відміну від всіх згаданих вище законодавчих ініціатив цей законопроєкт передбачає не внесення змін до КК України, а прийняття окремого (автономного) закону, який би співіснував з Кодексом. У грудні 2024 року цей законопроєкт був прийнятий у першому читанні, однак з огляду на його численні вади коаліції правозахисних організацій «Україна. П'ята ранку» та «Трибунал для Путіна» у своєму спільному зверненні закликали парламентарів утриматися від прийняття цього законопроєкту як закону.

У січні 2025 року Наказом Генерального прокурора було створено Міжвідомчу робочу групу з питань гармонізації законодавства в контексті правозастосовної практики у зв'язку з ратифікацією Україною Римського статуту Міжнародного кримінального суду (МРГ). Її завданням є напрацювання тексту законодавчих змін, що усунули б невідповідності між кримінальним законодавством України та міжнародним кримінальним правом, які й досі мають місце.

Метою експертного опитування «Як завершити гармонізацію кримінального законодавства України з міжнародним кримінальним правом?» є визначення напрямків та параметрів змін, яких має зазнати кримінальне законодавство України на шляху до його приведення у відповідність з міжнародним кримінальним правом.

Учасники
експертного опитування



Максим Віщик

старший викладач факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія»; правовий радник, Global Rights Compliance



Костянтин Задоя

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



Дмитро Коваль

співвиконавчий директор Truth Hounds; доцент кафедри міжнародного та європейського права Національного університету «Києво-Могилянська академія»



Тимур Короткий

віцепрезидент Української асоціації міжнародного права, провідний науковий співробітник Державної наукової установи «Інститут інформації, безпеки і права Національної академії правових наук України», кандидат юридичних наук, доцент



Олександр Марін

завідувач науково-дослідної лабораторії Львівського державного університету внутрішніх справ, кандидат юридичних наук, доцент



Вікторія Мозгова

національний експерт з кримінального права, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, магістер психології



Аліна Павлюк

координаторка роботи адвокатів,
аналітикиня Ukrainian Legal Advisory Group



Микола Пашковський

старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою НДІ вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, кандидат юридичних наук, експерт з кримінального процесу, міжнародного гуманітарного, міжнародного кримінального права



Станіслав Петренко

начальник відділу Департаменту протидії злочинам, вчиненим в умовах збройного конфлікту, Офісу Генерального прокурора



Захар Тропін

доцент кафедри міжнародного права НН Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, кандидат юридичних наук, доцент



Микола Хавронюк

професор кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія», доктор юридичних наук, професор

Результати

експертного опитування

Запитання 1

Законопроект № 9438, Закон від 20 травня 2021 року (законопроект № 2689) та законопроект № 7290 мали/мають на меті забезпечити гармонізацію українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом шляхом внесення змін до КК України. На такій самій філософії ґрунтується й проект нового КК України, що розробляється Робочою групою з питань розвитку кримінального права. З іншого боку, прийнятий парламентом в першому читанні в грудні 2024 року, законопроект № 11538 втілює в собі інший підхід до гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом, який полягає в тому, що засобом гармонізації повинен стати автономний (окремих) кримінальний закон, що співіснуватиме з КК України. Який з цих двох підходів до гармонізації українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом видається вам оптимальним за ідеальних обставин та з огляду на реалії сьогодення?

Варіанти відповідей

A	I за ідеальних обставин, і з огляду на реалії сьогодення оптимальним підходом є внесення змін до КК України
B	За ідеальних обставин оптимальним підходом є внесення змін до КК України, а з огляду на реалії сьогодення — прийняття автономного (окремого) закону
C	За ідеальних обставин оптимальним підходом є прийняття автономного (окремого) закону, а з огляду на реалії сьогодення — внесення змін до КК України
D	I за ідеальних обставин, і з огляду на реалії сьогодення оптимальним підходом є прийняття автономного (окремого) закону

Відповіді експертів

A	8	М. Віщик, Т. Короткий, В. Мозгова, А. Павлюк, М. Пашковський, С. Петренко, З. Тропін, М. Хавронюк
B	0	-
C	2	К. Задоя, Д. Коваль
D	1	О. Марін

Окремі коментарі експертів

«Прийняття окремого кримінального закону — революційний шлях. Однак нічого не заважає, за умови належної якості, прийняти цей окремий закон зараз, не чекаючи на “ідеальні обставини”, які можуть і не настати» (О. Марін)

«Насправді для мене не є взаємозаперечними перший і третій варіанти. Питання не стільки в формі, скільки в змісті. Символічно, задля відділення уявлень про повну узгодженість логіки міжнародного кримінального права та національного права серед акторів правозастосування, окремий законопроект буде кращим. Втім, це лише за умови справді якісного його пропрацювання, що сьогодні не видається реальним. Тож, ймовірно, перший варіант в цьому сенсі мав би бути рівноцінним вибором» (Д. Коваль)

«Прийняття автономного (окремого) кримінального закону, навіть якісного, (1) не є притаманним для кримінального права України; (2) ускладнить правозастосування; (3) призведе до колізій з Кримінальним кодексом України; (4) не має доданої вартості в практичному і техніко-юридичному сенсах» (Т. Короткий)

«Ми не можемо передбачити усі наслідки зруйнування системності кримінального законодавства, яку наразі забезпечує його монізм» (М. Хавронюк)

Запитання 2

Стаття 438 «Воєнні злочини» КК України має напівбланкетний характер: одна частина криміналізованого цією статтею обсягу поведінки окреслена безпосередньо в її диспозиціях, а інша частина окреслюється шляхом відсилання до міжнародних договорів, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України. З іншого боку, всі зазначені в тексті запитання 1 законопроектні ініціативи мають на меті криміналізувати воєнні злочини за допомогою детального та вичерпного «каталогу», подібного до того, що міститься в статті 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 1998 року. Зрештою, в окремих іноземних правових системах воєнні злочини криміналізовані в суто бланкетний спосіб. Який із цих зазначених вище способів криміналізації воєнних злочинів видається вам оптимальним?

Варіанти відповідей

А	Бланкетний спосіб
В	Напівбланкетний спосіб
С	Спосіб детального та вичерпного «каталогу»

Відповіді експертів

А	0	-
В	4	М. Віщик, Д. Коваль, В. Мозгова, С. Петренко
С	7	К. Задоя, Т. Короткий, О. Марін, А. Павлюк, М. Пашковський, З. Тропін, М. Хавронюк

Окремі коментарі експертів

«Загалом закріплення злочинів у виді каталогу є чіткішим, зрозумілішим та передбачуванішим у правозастосуванні, тому майбутні зміни до КК України безумовно мають призвести до появи такого переліку у національному законодавстві. Найбільш «авторитетним» каталогом на даний час є стаття 8 Римського статуту, однак і вона не є єдиним вичерпним переліком воєнних злочинів. Тому, на мою думку, простір для бланкетності має лишатися, оскільки реалії збройного конфлікту вказують на різноманітні форми та способи вчинення воєнних злочинів, тому їх «запечатуння» закритим каталогом може призвести до неможливості кваліфікації окремих діянь як воєнних злочинів та, відповідно, безкарності» (С. Петренко)

«Маю дещо уточнений варіант відповіді на це запитання. Доцільність каталожного способу криміналізації, доповненого елементом відкритості (спосіб “каталогу”, але не вичерпного). Пропонована відповідь “Напівбланкетний спосіб” виглядає як варіант залишити все без змін, з чим не можемо погодитися, однак відповідь третя не підходить через вичерпність переліку. Тому обрала другу відповідь, як таку, що ближча до зайнятої позиції. З огляду на потреби правозастосування, принципи верховенства права та міжнародні зобов’язання України, видається оптимальним каталожний спосіб криміналізації воєнних злочинів, доповнений елементом відкритості, що дозволяє уникнути застарівання норм і проблеми своєчасного внесення до них змін» (В. Мозгова)

«Судячи з вже сформованої практики на зараз, органам кримінальної юстиції досить важко застосовувати бланкетну статтю, яка вимагає детального розуміння міжнародного гуманітарного права, як мінімум для того, щоб застосовувати коректні посилання на статті міжнародних договорів. Досить часто в обвинувальних актах можна побачити, зокрема посилання на статтю 3 спільну для Женевських конвенцій, застосування якої є по суті некоректним. З іншої сторони, бланкетність норми, особливо у таких масштабах вчинених порушень, також відкриває можливість для досить креативного підходу наших органів у правовій кваліфікації та тлумаченні воєнних злочинів» (А. Павлюк)

«Напівбланкетний чи бланкетний спосіб — це непряме визнання законодавцем неможливості скласти перелік діянь, що тягнуть індивідуальну кримінальну відповідальність, та визначити ознаки складів відповідних кримінальних правопорушень» (М. Пашковський)

«Закріплення каталогу є, безумовно, необхідним першим кроком з міркувань правової визначеності. Видається очевидним, що перелік на кшталт чинної редакції статті 438 КК України складно назвати “каталогом” чи принаймні “якісним каталогом”. Майбутній каталог має бути максимально наближений до ілюстративних переліків тяжких та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права (МГП), закріплених у статті 8 Римського статуту та нормах договірному МГП. Водночас, як свідчить міжнародна практика правозастосування, перелік воєнних злочинів в описаних джерелах неможливо назвати вичерпним. Деякі порушення МГП визнавались міжнародними трибуналами “серйозними” попри відсутність їх у переліку тяжких в договірному МГП і тяжких/серйозних у статті 8 Римського статуту (напр., злочин терору). Інші порушення МГП відсутні в переліку тяжких порушень в договірному МГП і не були присутні в первинній редакції статті 8, але пізніше були включені окремою поправкою (злочин моріння голодом). Серйозність інших порушень впливає з міркувань наведених у судовій практиці (напр., насильницьке насадження громадянства окупаційною державою з аргументації Нюрнберга). Отже, вичерпний каталог може упустити певний спектр діянь, особливо тих, що попередньо не викликали значної уваги з огляду на природу збройних конфліктів. Напівбланкетний спосіб також дозволить уникнути декриміналізації діянь, які досягають порогу тяжкості/серйозності, але не охоплюються вичерпним переліком Римського статуту (якщо він буде взятий за основу каталогу). Контраргументи про можливість зловживання і довільного тлумачення при правозастосуванні однозначно виправдані, однак напівбланкетний спосіб виглядає як найбільш виправданий компроміс» (М. Віщик)

Запитання 3

Сучасне міжнародне гуманітарне право складається з сотень норм договірною та звичаєвою характеру, однак не всі порушення цих норм визнаються воєнними злочинами. Згідно з міжнародним правом воєнними злочинами визнаються лише серйозні порушення норм міжнародного гуманітарного права. Чи повинна Україна обмежитися криміналізацією виключно тих порушень міжнародного гуманітарного права, які визнаються серйозними та, відповідно, визнаються воєнними злочинами на міжнародному рівні?

Варіанти відповідей

А	Так, Україна повинна криміналізувати лише ті порушення міжнародного гуманітарного права, які визнаються воєнними злочинами на міжнародному рівні
В	Ні, якщо це доречно, Україна може криміналізувати й ті порушення міжнародного гуманітарного права, які не визнаються воєнними злочинами на міжнародному рівні, якщо при цьому на національному рівні такі діяння будуть відмежовані від воєнних злочинів
С	Ні, якщо це доречно, Україна може криміналізувати й ті порушення міжнародного гуманітарного права, які не визнаються воєнними злочинами на міжнародному рівні, та може визнати їх воєнними злочинами на національному рівні

Відповіді експертів

А	3	М. Віщик, О. Марін, М. Хавронюк
В	5	К. Задоя, Д. Коваль, Т. Короткий, А. Павлюк, М. Пашковський
С	3	В. Мозгова, С. Петренко, З. Тропін

Окремі коментарі експертів

«Слід враховувати насамперед наявні ресурси кримінальної юстиції. Вони наразі демонструють неможливість реагування навіть на ті порушення міжнародного гуманітарного права, які визнаються воєнними злочинами на міжнародному рівні» (М. Хавронюк)

«На мій погляд, криміналізація порушень міжнародного гуманітарного права, що не визнаються серйозними за міжнародним правом, цілком припустима. Однак це рішення має бути продуманим та зваженим, оскільки подібні положення стосуватимуться й українських громадян. При цьому принципово важливо провести межу між “несерйозними” порушеннями міжнародного гуманітарного права та «справжніми» воєнними злочинами, оскільки лише з останніми міжнародне право пов’язує далекосяжні правові наслідки, як-от універсальну юрисдикцію, незастосування строків давності чи амністії» (К. Задоя)

«Немає в міжнародному гуманітарному праві вказівки на те, що лише грубі та серйозні порушення мають бути воєнними злочинами. Якщо держава, з погляду власного бачення суспільного інтересу і його захисту, хоче криміналізувати щось іще, це цілком допустимо. Така можливість навіть прямо впливає з деяких міжнародних договорів, наприклад, Протоколу 1999 року до Конвенції про захист культурних цінностей. Тому, теоретично, виходячи зі спостережень за конфліктом між Росією та Україною, можна думати про ширший список порушень. Що не означає, що обов’язково мають бути криміналізовані порушення, які не є грубими чи серйозними» (Д. Коваль)

«Міжнародне кримінальне право в цій частині має бути орієнтиром і не повинно бути керівництвом до дії. Іншими словами не варто сприймати міжнародне кримінальне право як обмеження для криміналізації певних діянь як воєнних злочинів на національному рівні» (З. Тропін)

Запитання 4

На сучасному етапі розвитку міжнародного права найповніший «каталог» воєнних злочинів представлений у статті 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 1998 року. Однак цей «каталог» об'єктивно не є вичерпним. Інші джерела міжнародного гуманітарного права (наприклад, Другий Протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року від 1999 року) вказують на серйозний характер низки порушень міжнародного гуманітарного права, які не згадуються в статті 8 Римського статуту. Яке коло серйозних порушень міжнародного гуманітарного права має криміналізувати Україна?

Варіанти відповідей

А	Україна має криміналізувати лише ті діяння, які визнаються серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права в статті 8 Римського статуту
В	Україна має криміналізувати ті діяння, які визнаються серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права в статті 8 Римського статуту, та деякі інші діяння, які визнаються серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права в інших джерелах міжнародного права
С	Україна має криміналізувати всі діяння, які визнаються в джерелах міжнародного права серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права

Відповіді експертів

А	0	-
В	5	М. Віщик, Д. Коваль, Т. Короткий, А. Павлюк, С. Петренко
С	6	К. Задоя, О. Марін, В. Мозгова, М. Пашковський, З. Тропін, М. Хавронюк

Окремі коментарі експертів

«На мою думку, враховуючи наш контекст та потребу у конкретизації видів порушень, варто виходити за межі статті 8 Римського статуту та дивитись на інші джерела. Як приклад, злочин терору/тероризування цивільного населення прямо не визначено у переліку Римського статуту, але саме порушення є серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права та досліджено у практиці Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії. У контексті ситуації в Україні на цей час вже є висновки міжнародних організацій, що говорять про ознаки вчинення цього злочину, який в принципі у поточній редакції статті 438 КК України може бути кваліфіковано. Та якщо рухатись з підходом імплементації переліку воєнних злочинів виключно за статтею 8 Римського статуту ця кваліфікація залишиться недоступною» (А. Павлюк)

«Варто орієнтуватись на статтю 8 Римського статуту, проте вона не повинна бути остаточним дороговказом. В будь-якому випадку стаття 8 Римського статуту не повинна бути обмежувальним фактором» (З. Тропін)

«Включення до КК України діянь, які визнаються міжнародним правом воєнними злочинами (серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинення яких тягне індивідуальну кримінальну відповідальність за міжнародним правом) забезпечує найповніше виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань з запобігання безкарності за міжнародні злочини. Римський статут містить неповний перелік воєнних злочинів, оскільки є результатом компромісу/консенсусу держав, які брали участь у відповідних дипломатичних конференціях. При укладанні каталогу воєнних злочинів за статтею 8 Римського статуту держави виходили з міркувань юрисдикції цього Суду, а не національних юрисдикцій» (М. Пашковський)

«Дещо ширша відповідь: окрім складів, передбачених статтею 8 Римського статуту, Україна може (і має) криміналізувати всі діяння, які визнаються в джерелах міжнародного права серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права, а також ті, які ще не визнаються серйозними воєнними злочинами на міжнародному рівні, але становлять високу суспільну небезпеку та національний інтерес для переслідування. Тут слід враховувати не лише Другий Протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року (від 1999 року) чи інші норми міжнародного права, які становлять прогалини в Римському статуті, а й, наприклад, резолюції Ради Безпеки ООН, документи Міжнародного комітету Червоного Хреста, звіти Комісії ООН з розслідування злочинів в Україні та інші дотичні джерела, а також виклики й технологічні загрози поточної війни — усі вони вказують на нові виклики, які потребують криміналізації або принаймні розгляду на предмет криміналізації» (В. Мозгова)

Запитання 5

Як ви ставитеся до використання у положеннях національного кримінального закону щодо воєнних злочинів більш узагальнених (абстрактних) формувань, ніж ті, що використовуються у джерелах міжнародного права? Наприклад, стаття 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду від 1998 року розрізняє (i) катування, (ii) нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, та (iii) заподіяння особам, які перебувають під владою ворожої сторони, фізичного каліцтва або здійснення над ними медичних чи наукових експериментів будь-якого характеру, які не обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або лікарняного лікування відповідної особи та здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб, а на національному рівні всі ці прояви поведінки охоплюються формулюванням «жорстоке поводження з особами, що перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права».

Варіанти відповідей

А	Немає принципового значення, чи використані в положеннях національного кримінального законодавства щодо воєнних злочинів формулювання, що використовуються в джерелах міжнародного права, чи більш узагальнені (абстрактні) формування
В	Більш узагальнені (абстрактні) формулювання, ніж ті, що використовуються у джерелах міжнародного права, можна широко використовувати у положеннях національного кримінального законодавства щодо воєнних злочинів, якщо це має конкретну законотворчу мету (наприклад, більш узагальнене (абстрактне) формулювання забезпечить краще розуміння законодавчого положення його адресатами або сприятиме кращій диференціації кримінальної відповідальності)
С	Більш узагальнені (абстрактні) формування, ніж ті, що використовуються у джерелах міжнародного права, слід використовувати у положеннях національного кримінального законодавства щодо воєнних злочинів лише в крайньому разі або не використовувати взагалі

Відповіді експертів

А	0	-
В	5	Т. Короткий, В. Мозгова, А. Павлюк, С. Петренко, М. Хавронюк
С	6	М. Віщик, К. Задоя, Д. Коваль, О. Марін, М. Пашковський, З. Тропін

Окремі коментарі експертів

«В основі статті 8 Римського статуту серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, які створювалися і відображалися в практиці міжнародних кримінальних трибуналів в різні періоди та в різних джерелах. Тому узагальнені (абстрактні) формулювання потрібні, коли це доцільно з погляду юридичної техніки та практики застосування. Мова йде не про широке, а цільове застосування» (Т. Короткий)

«...[Ф]ормулювання статті 8 Римського статуту можна, а іноді й потрібно змінювати на рівні національного законодавства. Разом з цим, це потрібно робити виключно у випадках, як вказано у питанні, де це переслідує “конкретну законотворчу мету”. Наприклад, розподіл жорстокого поводження на катування, нелюдське поводження та заподіяння шкоди здоров'ю може мати сенс, як мінімум з погляду конкретних випадків вчинення злочинів. При цьому воєнні злочини проти власності у Римському статуті та міжнародному гуманітарному праві загалом сформульовані не надто вдало, і їх буквальне перенесення до національного закону може мати скоріше негативний вплив. Тому узагальнення формулювань допустиме у випадках, коли це має реальний практичний сенс» (С. Петренко)

«Джерела міжнародного права і без того широко використовують такого роду поняття, тому і їх використання у національному законодавстві (навіть в окремому кримінальному законі) здатне спричинити неабиякі труднощі у правозастосуванні. Розширювати їх перелік не виглядає доцільним» (О. Марін)

«Лаконічний виклад диспозицій статей КК України про воєнні злочини з урахуванням традицій національної законодавчої техніки може мати ряд переваг. Особливо враховуючи, що при конструюванні статті 8 Римського статуту були використані застарілі формулювання міжнародних договорів, у т.ч. кінця XIX - початку XX століття або ж є по суті дублюючі положення. Проте, ознаки складів воєнних злочинів не мають виходити за межі воєнних злочинів за міжнародним правом та бути розбіжними настільки, щоб ускладнити міжнародне співробітництво чи викликати сумніви у подоланні імунітетів за міжнародним правом. Тлумачення відповідних норм КК України щодо воєнних злочинів через принцип сумлінного виконання міжнародно-правових зобов'язань та концепцію дружнього до міжнародного права тлумачення норм національного законодавства має здійснюватися з урахуванням норм міжнародного права та відповідної практики міжнародних кримінальних судів і трибуналів щодо тлумачення цих норм» (М. Пашковський)

Запитання 6

Законом № 4012-ІХ від 9 жовтня 2024 року було змінено назву статті 437 КК України. Нині вона має назву «Злочин агресії». Чи потребує ця стаття наступних змін з метою максимального наближення її змісту до положень міжнародного кримінального права?

Варіанти відповідей

А	Так, стаття потребує кардинальних змін
В	Так, стаття потребує змін точкового характеру
С	Ні, стаття не потребує змін взагалі або потребує настільки мінімальних змін, що ними можна знехтувати

Відповіді експертів

А	8	М. Віщик, К. Задоя, Д. Коваль, О. Марін, В. Мозгова, А. Павлюк, М. Пашковський, С. Петренко
В	1	Т. Короткий
С	2	З. Тропін, М. Хавронюк

Окремі коментарі експертів

«Я вважаю, що стаття 437 КК України у тій версії, яка зберігається, підтримує занадто широкий підхід до розуміння злочину агресії. Вже тривалий час, як в Україні відбувались кримінальні провадження з цією кваліфікацією чи з'являлись новини про нові обвинувачення, продовжується критика цього підходу, що суперечить міжнародному праву. Не дивлячись на рішення Верховного Суду, яке фактично приймалось дуже довго і після тривалих консультацій, хоч і були відкинуті “рядові” військові як суб'єкти злочину, його підхід скоріш легітимізував практику кримінальних проваджень, а не був спрямований на його зміну. Як на мене, текст статті варто максимально наблизити до вимог міжнародного права. Але поки, особливо на рівні МРГ, я не бачу готовності до цього і розуміння проблематики, враховуючи межі для обговорення, які були визначені Офісом Генерального прокурора» (А. Павлюк)

«Вказана стаття очевидно потребує змін, оскільки для забезпечення якісного та ефективного кримінального переслідування за злочин агресії національний закон має бути краще синхронізований з міжнародним правом. Враховуючи поточний вигляд статті, ці зміни можна описати як кардинальні. Водночас зміни до статті 437 КК України не мають призвести до декриміналізації діянь, вчинених з 2014 року, а також унеможливити надалі кримінальне переслідування» (С. Петренко)

«Формально зміна назви статті як такої не обумовлює необхідності змін. Зміни скоріше обумовленні гармонізацією диспозиції статті з положеннями міжнародного кримінального права з врахуванням (1) національного рівня притягнення до відповідальності за злочин агресії; (2) створення Спецтрибуналу щодо злочину агресії проти України» (Т. Короткий)

«До моменту остаточного розв'язання питання щодо заснування Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України недоцільно вносити зміни до статті 437 КК України. Згодом такі зміни можуть бути внесені та/або бути необхідними з огляду на комплексність запланованої ревізії КК України в частині міжнародних злочинів» (З. Тропін)

«Як поточне текстуальне формулювання статті 437 КК України, так і попередня практика її застосування (у деяких аспектах) є серйозною загрозою принципу законності. Наразі принаймні загальноновизнаною є прогалина у відсутності визначення спеціального суб'єкта (так званий “елемент лідерства”), що до врегулювання Верховним Судом у лютому 2024 року, на жаль, не всіма сприймалася однаково (як така, що імпліцитно вбудована в сутність злочину за міжнародним правом). Окрім того, стаття оперує трьома (часто анахронічними) категоріями, взаємозв'язок яких незрозумілий (“агресивна війна”, “воєнний конфлікт”, “агресивні воєнні дії”). Навряд автори статті при її створенні мали намір належно розмежувати ці категорії, а навіть якщо й мали, зі звичайного значення термінів їх взаємозв'язок чи відмінність не є очевидними. Поточна редакція також не містить традиційного для визначення злочину відсилки до “акту агресії”, а також до діянь, що можуть становити такий акт агресії. Слід також зважити, чи майбутня редакція статті 437 КК України бажатиме відтворити деякі обмеження, специфічні до режиму Римського статуту (наприклад, поріг, що вимагає, аби акт агресії “за своїм характером, тяжкістю та масштабом становив явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй”). Обґрунтованість розмежування санкцій на підставі планування, підготовки або розв'язування з одного боку і ведення з іншого також потребує додаткового аналізу» (М. Віщик)

Запитання 7

Законом № 4012-IX від 9 жовтня 2024 року було внесено зміни до статті 442 «Геноцид» КК України. Чи потребує ця стаття наступних змін з метою максимального наближення її змісту до положень міжнародного кримінального права?

Варіанти відповідей

А	Так, стаття потребує кардинальних змін
В	Так, стаття потребує змін точкового характеру
С	Ні, стаття не потребує змін взагалі або потребує настільки мінімальних змін, що ними можна знехтувати

Відповіді експертів

А	0	-
В	7	М. Віщик, К. Задоя, Т. Короткий, О. Марін, В. Мозгова, А. Павлюк, З. Тропін
С	4	Д. Коваль, М. Пашковський, С. Петренко, М. Хавронюк

Окремі коментарі експертів

«Загалом стаття 442 КК України задовільно відповідає міжнародному праву, однак в певних аспектах потребує вдосконалення. Зокрема, визначення серйозної шкоди в примітці до цієї статті не повинно мати характер закритого «каталогу» (К. Задоя)

«Чинна стаття 442 КК України загалом відповідає базовим положенням міжнародного кримінального права, зокрема Конвенції ООН про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (1948 року) і статті 6 Римського статуту. Водночас для максимального наближення до міжнародних стандартів, нових викликів сьогодення і забезпечення ефективного правозастосування її зміст можна вдосконалити в кількох аспектах:

- Зробити визначення “серйозної шкоди” у примітці невичерпним — наприклад, за допомогою зворотів “у тому числі”, “але не обмежуючись цим” тощо. Адже в міжнародному праві це поняття не є вичерпним і враховує контекст. Зокрема, не охоплено належним чином психологічне насильство, що не супроводжується боєм, або інші форми приниження гідності (системне чи цілеспрямоване заподіяння психотравматичних наслідків, наприклад, через публічне приниження, погрози, тиск, ізоляцію тощо). Крім того, словосполучення “моральні страждання” залишає занадто широкий простір для розсуду суду, є емоційно забарвленим і ускладнює доведення в кримінальному процесі.

- Підкреслити, що потерпіла особа належить до захищеної групи, а не лише те, що злочин вчинено з метою знищення такої групи. Це дозволить точніше відобразити об'єктивну сторону складу злочину відповідно до міжнародних стандартів.
- Не охоплено культурний геноцид, що є особливо актуальним у контексті України як дії, спрямованої на знищення культурної ідентичності. Варто розглянути можливість включення відповідної кваліфікуючої ознаки або примітки, яка враховує знищення мови, освіти, історії, культурної спадщини тощо як обставин, що можуть свідчити про геноцидний намір» (В. Мозгова)

«Не обов'язково всі зміни, що відбулися у 2024 році, мали сенс. Наприклад, я б не додавав фразу “як таку”. Її відсутність створювала деякі можливості для української прокуратури. Втім, уже сталося те, що сталося» (Д. Коваль)

«Закон № 4012-IX виправив кілька фундаментальних недоліків статті 442 КК України, зокрема (i) прибрав “заподіяння тяжких тілесних ушкоджень” як основоположне діяння, замінивши його на “заподіяння серйозної шкоди”; (ii) прибрав “скорочення дітонародження” як форму основоположного діяння (яка відсутня в усталеному визначенні злочину геноциду за міжнародним правом); (iii) уточнив, що заклики до геноциду є кримінально караними не тоді, коли вони є лише публічними, але публічними й прямими. Усі ці зміни наблизили статтю 442 КК України до міжнародно визнаного визначення злочину геноциду. Водночас стаття 442 КК України все ще містить низку хиб.

По-перше, складається послідовне враження, що законодавець, а, радше, суб'єкти, які стоять за розробкою різних законодавчих ініціатив (зокрема Закону № 4012-IX) з різних причин послідовно уникають прямої згадки про “ментальну шкоду”...

По-друге, автори Закону № 4012-IX – свідомо чи несвідомо – спаплюжили сутність примітки до визначення “серйозної шкоди”. Примітка до статті 442 КК України закріплює типи діянь, які “слід розуміти” як серйозну шкоду, натякаючи на вичерпність переліку. Примітка є невдалою реплікою на подібну вказівку в Елементах злочинів до Римського статуту, яка, однак, стверджує, що діяння “може включати, але не обов'язково обмежується, актами катування, зґвалтування, сексуального насильства або нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням”, що чітко вказує на невичерпність переліку, радше на його ілюстративний характер...

Врешті, часто лунають заклики розширити спектр статті 442 КК України шляхом, наприклад, розширення переліку захищених груп чи списку основоположних діянь, зокрема включення “культурного геноциду”. Україні слід дотримуватись усталеного підходу до визначення злочину за міжнародним правом. У національній практиці правозастосування є – тільки до певної межі – простір для маневру в тлумаченні деяких елементів злочину (наприклад, знищення групи “частково” чи того, яким має бути “знищення” (фізичне/біологічне чи, ширше, соціальне, в контексті умислу). Однак цей простір обмежений рамками того, що – словами ЄСПЛ – становить “сутність злочину”: якщо українська практика нормотворчості та правозастосування виходить за “сутність злочину” за міжнародним правом, такі діяння не можуть називатись злочинами геноциду. “Культурний геноцид” – не геноцид; “культурний геноцид” – один із напівпродуктів при розробці Конвенції, який був врешті відкинтий в остаточній версії...» (М. Віщик)

Запитання 8

Законом № 4012-IX від 9 жовтня 2024 року КК України було доповнено статтею 442-1 «Злочини проти людяності». Чи потребує ця стаття змін з метою максимального наближення її змісту до положень міжнародного кримінального права?

Варіанти відповідей

А	Так, стаття потребує кардинальних змін
В	Так, стаття потребує змін точкового характеру
С	Ні, стаття не потребує змін взагалі або потребує настільки мінімальних змін, що ними можна знехтувати

Відповіді експертів

А	1	М. Пашковський
В	7	М. Віщик, К. Задоя, Т. Короткий, О. Марін, В. Мозгова, А. Павлюк, З. Тропін
С	3	Д. Коваль, С. Петренко, М. Хавронюк

Окремі коментарі експертів

«Необхідне максимальне узгодження цієї статті з положеннями статті 7 Римського статуту» (М. Пашковський)

«Загалом стаття 442-1 КК України задовільно відповідає міжнародному праву, однак в певних аспектах потребує вдосконалення. Зокрема, явно помилковим є вжиття у частині другій цієї статті слова “вбивств”, а не “вбивства”; потребують чіткішого розмежування такі форми цього злочину як катування та інші умисні нелюдські діяння» (К. Задоя)

«Чинна стаття 442-1 КК України загалом відповідає базовим положенням міжнародного кримінального права. Водночас для максимального наближення до міжнародних стандартів і забезпечення ефективного правозастосування її зміст можна вдосконалити в частині визначення “нападу”.

Так, формулювання у Примітці 1 “багаторазове (два і більше разів) вчинення будь-якого з діянь” не відповідає змісту словосполучення “широкомасштабного або систематичного нападу”, як його тлумачить міжнародна доктрина. У Римському статуті не міститься числового критерію — акцент робиться не на кількості, а на масштабності, систематичності й контексті діянь. Напад визначається як частина політики держави або організації, спрямованої на цивільне населення.

Використання надто формальної конструкції “два і більше разів” суттєво знижує поріг криміналізації, може знівелювати характер злочинів проти людяності як особливо тяжких, а також створює ризики надмірної або довільної правозастосовної практики.

Пропонується редакція, вказана у тексті Закону України від 20.05.2021, підписаному Головою Верховної Ради України (законопроект 2689 від 27.12.2019): “Примітка. 1. Під нападом на цивільне населення у цій статті слід розуміти вчинення будь-якого з діянь, зазначених у цій статті, проти цивільного населення на виконання або на підтримку політики держави чи організації, спрямованої на вчинення такого нападу”» (В. Мозгова)

«Стаття 442-1, попри її успіх із включенням злочинів проти людяності до КК України, містить низку недоліків, які потрібно виправити не лише для її повної гармонізації з усталеним міжнародно-правовим визначенням складів злочинів проти людяності, а й задля узгодження її власної внутрішньої структури. Найважливішими аспектами є наступні (хоча окремі інші формулювання теж викликають запитання):

1. Стаття 442-1 упускає важливий елемент суб'єктивної сторони – обізнаність про напад. Недостатньо, аби діяння було скоєне лише “умисно [...] в межах нападу” (з огляду на контекстуальний елемент, бажано уточнити положення, замінивши “в межах” на “в контексті” нападу). Важливо, аби виконавець діяння був обізнаний про такий напад. Це не технічна деталь, а критична складова суб'єктивної сторони злочинів проти людяності. Її упущення робить дефініцію за КК України неповною і, ба більше, хибною.
2. Логіка структури статті 442-1 є сумнівною. Стаття має дві частини: частина 1 закріплює всі злочини проти людяності, за винятком апартеїду, знищення та вбивства, які зарезервовані для частини 2. Частина 1 встановлює м'якший діапазон покарання, ніж частина 2: від 7 до 15 років позбавлення волі (частина 1) порівняно з 10-15 роками позбавлення волі та довічним ув'язненням (частина 2). Можна припустити, що логіка полягала в (традиційній для національного кримінального права) презумпції того, що злочини, пов'язані зі смертю людини, мають вищий ступінь тяжкості. Можливо, будучи виправданою для загальнокримінальних правопорушень, у контексті міжнародних злочинів така логіка є надміру суперечливою: деякі злочини проти людяності (як і інші міжнародні злочини) самі по собі не є тяжчими за інші. Вони не змагаються в Олімпійських іграх жорстокості й тяжкості...
3. Розмежування злочинів на ті, що пов'язані і не пов'язані із заподіянням смерті, має дві інших логічних хиби:
 - а. Злочин апартеїду не завжди передбачає вбивство особи як основоположне діяння...
 - б. Стаття 442-1 закріплює основоположне діяння у формі “інших умисних нелюдських діянь подібного характеру” у частині першій. Телеологічне тлумачення передбачало б, що “подібний характер” стосується лише діянь у частині першій і не включає діяння у частині другій. Ця структура та логіка є абсолютно хибною...
4. Іншим структурним недоліком статті 442-1 КК України є непослідовний підхід до визначення окремих злочинів. У деяких випадках визначення містяться в тексті статті (для переслідування, депортації та насильницького переміщення). Для інших злочинів (насильницьке зникнення, апартеїд, знищення та катування) визначення наведено в примітці до статті. Злочин примусової вагітності, визначений у Римському статуті, залишається невизначеним взагалі...

Це лише окремі проблемні аспекти статті 442-1 КК України в поточній редакції. Слід пам'ятати, що визначення відповідних злочинів за міжнародним правом і підбір термінів для опису їх складів не були випадковими. Національне законодавство не може обирати відкинути чи прийняти ці вимоги, терміни та тести у випадковому порядку» (М. Віщик)

Запитання 9

Законом № 4012-ІХ від 9 жовтня 2024 року КК України було доповнено статтею 31-1 «Кримінальна відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників». Чи потребує ця стаття змін з метою максимального наближення її змісту до положень міжнародного кримінального права?

Варіанти відповідей

А	Так, стаття потребує кардинальних змін, у тому числі перенесення до іншого розділу Загальної частини КК України чи до Особливої частини КК України
В	Так, стаття потребує змін точкового характеру
С	Ні, стаття не потребує змін взагалі або потребує настільки мінімальних змін, що ними можна знехтувати

Відповіді експертів

А	5	М. Віщик, Д. Коваль, О. Марін, А. Павлюк, М. Хавронюк
В	3	К. Задоя, М. Пашковський, З. Тропін
С	3	Т. Короткий, В. Мозгова, С. Петренко

Окремі коментарі експертів

«Ця стаття КК України потребує приведення у відповідність з Римським статутом. Сучасна версія вимагає дещо неможливого від цивільних очільників» (Д. Коваль)

«Діяння командирів (інших начальників) слід визначити як злочини *sui generis* або, як мінімум, змінити назву Розділу VI Загальної частини КК» (М. Хавронюк)

«Видається необхідним формулювання самостійної кримінально-правової норми в Особливій частині КК (окремому кримінальному законі)» (О. Марін)

«Тут знову, скоріш стаття потребує більш кардинальних змін. Особливо в частині термінології та формулювань. Мені здається важливо також закріпити й інші форми участі у вчиненні найтяжчих міжнародних злочинів, які містить РС. Бо, як на мене, віддання наказу не має бути просто частиною статті 438 КК України, як це є зараз, а має бути чіткий перелік, який матиме значення виключно до правових кваліфікацій за статтями 438, 442, 442-1 КК України. Не певна, чи в Особливій частині КК України, чи у Загальній частині, думаю це треба обговорювати, але ці форми мають бути визначені. Бо на практиці підходи до кваліфікації можуть бути дуже креативними. Зокрема при використанні статей 27-28 КК України, чи навіть випадків кваліфікації за статтею 255 КК України як аналогії *joint criminal enterprise*» (А. Павлюк)

«Доповнення Кримінального кодексу України статті 31-1 є значним кроком в удосконаленні командної відповідальності. Її розташування у розділі VI Загальної частини Кодексу вірогідно не є оптимальним, але, на мій погляд, не заважає її застосуванню» (Т. Короткий)

Запитання 10

Стаття 7(1) Європейської конвенції з прав людини від 1950 року допускає засудження людини на підставі новоприйнятого національного кримінального закону за скоєне раніше діяння, якщо таке діяння на час його вчинення визнавалося міжнародним злочином згідно з міжнародним правом, але ще не визнавалося злочином на національному рівні. Максимально повна гармонізація українського кримінального законодавства з міжнародним кримінальним правом вже призводить та неминуче призводитиме надалі до національно-правової криміналізації діянь, що вже давно чи відносно давно визнаються міжнародними злочинами згідно з міжнародним правом. Чи потребує українське кримінальне законодавство спеціальних змін, які б відкрили шлях для застосування новоприйнятих положень кримінального закону до скоєних раніше діянь, що на час вчинення ще не визнавалися злочинами згідно з кримінальним правом України, але визнавалися міжнародними злочинами згідно з міжнародним правом (див., наприклад, зміни до Прикінцевих та перехідних положень КК України, передбачені Законом від 20 травня 2021 року (законопроект № 2689)?

Варіанти відповідей

А	Так, спеціальні зміни до кримінального законодавства необхідні
В	Ні, в спеціальних змінах до кримінального законодавства немає потреби, оскільки й так наявні підстави для застосування новоприйнятих положень кримінального закону до скоєних раніше діянь, що на час вчинення ще не визнавалися злочинами згідно з кримінальним правом України, але визнавалися міжнародними злочинами згідно з міжнародним правом
С	Ні, в спеціальних змінах немає потреби, оскільки застосування новоприйнятих положень кримінального закону до скоєних раніше діянь, що на час вчинення ще не визнавалися злочинами згідно з кримінальним правом України, але визнавалися міжнародними злочинами згідно з міжнародним правом, завжди становитиме порушення статті 58 Конституції України

Відповіді експертів

А	9	М. Віщик, К. Задоя, Т. Короткий, В. Мозгова, А. Павлюк, М. Пашковський, С. Петренко, З. Тропін, М. Хавронюк
В	1	Д. Коваль
С	1	О. Марін

Окремі коментарі експертів

«Такі спеціальні зміни, хоча вони фактично можуть носити форму роз'яснення, потрібні для забезпечення ясності, юридичної визначеності закону. Крім того, новоприйняті положення і теоретично, і практично можуть виходити за межі діянь, які реально були криміналізовані» (М. Хавронюк)

«Без спеціальних змін стаття 5 КК України “блокуватиме” ретроактивне застосування новел кримінального закону. На мій погляд, спеціальне положення не суперечитиме статті 58 Конституції України, оскільки метою останньої не може бути забезпечення безкарності тих, хто є злочинцем з погляду міжнародного права. Особливо, якщо скоєний міжнародний злочин завдав шкоди українському народу чи його окремим його представникам» (К. Задоя)

«Можливість ретроспективної дії кримінального закону вимагає наявності спеціальних нормативних положень. В будь-якому випадку це положення повинно бути перевірено Конституційним Судом України на предмет його конституційності» (З. Тропін)

«На мою думку, правильна відповідь у варіанті 2, однак чесна та практична відповідь у варіанті 1. Я переконаний, що кримінальне переслідування за вчинення міжнародних злочинів, наприклад, злочинів проти людяності, не порушує вимоги ні Європейської конвенції з прав людини, ні статті 58 Конституції, оскільки ці діяння є очевидно злочинними й неможливо серйозно стверджувати, що конкретний виконавець не розумів протиправний характер катування, вбивств або інших подібних діянь. Разом з цим, оскільки правозастосування на національному рівні орієнтоване скоріше на принцип законності, ніж верховенства права, тому для цього потрібні прямі та однозначні застереження щодо дії в часі у прикінцевих чи перехідних положеннях КК України» (С. Петренко)

«Якщо розв'язувати проблему юридично “чисто”, то варто потурбуватися про зміну відповідних положень Конституції України, а не Кримінального кодексу України. А до тих пір, застосування положень статті 7 Європейської конвенції з прав людини буде конституційно сумнівним» (О. Марін)

Повні коментарі
учасників експертного опитування

Максим Віщик



1

Якщо традиція національної правової системи оперує єдністю закону про кримінальну відповідальність, повинні існувати переконливі причини для підважування такої традиції. Ключовим озвученим аргументом на користь прийняття окремого закону є “зручність” зосередження всіх застосовних положень стосовно міжнародних злочинів у одному нормативно-правовому акті. Але самої лише зручності недостатньо. Ухвалення окремого закону загрожує створенням колізій і численних взаємопосилань, уточнень та винятків з Кримінальним кодексом як основним (материнським) законом про кримінальну відповідальність, що перетворить законодавство про кримінальну відповідальність на громіздку химеру, суттєво шкодячи правовій визначеності. Якісно спланована та імplementована нормотворча техніка дозволяє точково і гармонійно внести усі необхідні зміни у Загальну та Особливу частини КК України, а ухвалення окремого закону виглядає як легкий спосіб уникнути складної роботи над такою гармонізацією. Інший аргумент про “унікальність” міжнародних злочинів є однаково непереконаливим: кожна категорія злочинів є своєю мірою унікальною, і, за потрібних обставин та з правильною політичною риторикою, можна обґрунтувати створення окремого режиму регулювання будь-якої категорії злочинів. Якщо це можливо для міжнародних злочинів сьогодні, завтра повинно бути однаково можливим для злочинів проти основ національної безпеки, чи корупційних правопорушень, чи злочинів у сфері обігу наркотичних засобів. Це створює (принаймні гіпотетично) небезпечний прецедент розщеплення закону про кримінальну відповідальність.

2

Закріплення каталогу є, безумовно, необхідним першим кроком з міркувань правової визначеності. Видається очевидним, що перелік на кшталт чинної редакції статті 438 КК України складно назвати “каталогом” чи принаймні “якісним каталогом”. Майбутній каталог має бути максимально наближений до ілюстративних переліків тяжких та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права (МГП), закріплених у статті 8 Римського статуту та нормах договірному МГП. Водночас, як свідчить міжнародна практика правозастосування, перелік воєнних злочинів в описаних джерелах неможливо назвати вичерпним. Деякі порушення МГП визнавалися міжнародними трибуналами “серйозними” попри відсутність їх у переліку тяжких в договірному МГП і тяжких/серйозних у статті 8 Римського статуту (напр., злочин терору). Інші порушення МГП відсутні в переліку тяжких порушень в договірному МГП і не були присутні в первинній редакції статті 8, але пізніше були включені окремою поправкою (злочин моріння голодом). Серйозність інших порушень впливає з міркувань наведених у судовій практиці (напр., насильницьке насадження громадянства окупаційною державою з аргументації Нюрнберга). Отже, вичерпний каталог може упустити певний спектр діянь, особливо тих, що попередньо не викликали значної уваги з огляду на природу збройних конфліктів. Напівбланкетний спосіб також дозволить уникнути декриміналізації діянь, які досягають порогу тяжкості/серйозності, але не охоплюються вичерпним переліком Римського статуту (якщо він буде взятий за основу каталогу). Контраргументи про можливість зловживання і довільного тлумачення при правозастосуванні однозначно виправдані, однак напівбланкетний спосіб виглядає як найбільш виправданий компроміс.

3

З правової точки зору і перший, і другий варіант є прийнятними. Спрощено і грубо кажучи, національний законодавець технічно має дискрецію криміналізувати все, що вважає за потрібне, ЯКЩО це не порушує міжнародні зобов’язання держави. Міжнародне гуманітарне право зобов’язує державу переслідувати тяжкі порушення, але не виключає можливості реагування (зокрема кримінально-правовими заходами) на інші порушення, що не сягають порогу тяжкості. Однак держава не може називати такі діяння воєнними злочинами. Визначення воєнних злочинів обмежується лише тяжкими та іншими серйозними порушеннями МГП. Якщо держава визначає діяння, яке не відповідає критерію тяжкості як воєнний злочин для цілей кримінального переслідування, вона порушує свої міжнародні зобов’язання. ЄСПЛ неодноразово відзначав дискрецію національних органів влади автономно тлумачити сутність міжнародних злочинів з огляду на змінювані реалії, до межі (і це важливе застереження, про яке часто забувають) поки це відповідає сутності злочину. Держава не може криміналізувати будь-яке діяння назвавши його воєнним злочином, геноцидом чи злочином проти людяності, якщо це не відповідатиме сутності злочину за міжнародним правом. Тому варіант В порушуватиме міжнародні зобов’язання України. Мій вибір варіанту А, а не Б, зумовлений радше практичними міркуваннями: з огляду на наявні ресурси, пріоритети і потреби, Україні навряд варто гнатися за додатковою криміналізацією. До того ж, постає запитання, які діяння, що не сягають порогу тяжкості/серйозності, Україна бажатиме криміналізувати і – в кожному випадку – у чому мета та цінність такої криміналізації. Ідучи за межі традиційного переліку тяжких та серйозних порушень, мені складно побачити таку мету і цінність у контексті інших порушень МГП.

4

5

До абстрактних формулювань, особливо в контексті міжнародних злочинів, завжди слід ставитися з великою обережністю. Хоча, словами ЄСПЛ, навіть відносно чітке правове положення завжди неминує передбачати елемент тлумачення (особливо у змінних обставинах), в інтересах принципу законності слід, де можливо, уникати формулювань, які створюють надмірний потенціал для подвійного (чи, ба більше, множинного) тлумачення. Крім того, деякі склади злочинів диференційовані з конкретною метою. У наведеному в запитанні прикладі кожен злочин відрізняється відмінним елементом (наприклад, наявність мети у злочині катування на відміну від нелюдського поводження). Така диференціація також відповідає традиційній тріаді форм протиправного поводження (катування, нелюдське/жорстоке поводження і поводження, що принижує людську гідність) у міжнародному праві прав людини та міжнародному гуманітарному праві. У випадках інших злочинів точніші формулювання відображають консенсус держав щодо порогу чи стандарту, необхідного для встановлення протиправності діяння, і таким нюансом не можна знехтувати у процесі тлумачення. Отже, з точки зору принципу законності перевага завжди повинна віддаватися менш абстрактним формулюванням (за винятком випадків, коли у процесі тлумачення можливо встановити намір укладачів міжнародного договору залишити формулювання навмисно широким). Все залежатиме від конкретного положення та фундаментальних правил його тлумачення за правом міжнародних договорів, зокрема звичайного значення термінів, об'єкту і мети, контексту формулювання, подальшої практики правозастосування, додаткових засобів тлумачення у випадку додаткової невизначеності

6

Як поточне текстуальне формулювання статті 437 КК України, так і попередня практика її застосування (у деяких аспектах) є серйозною загрозою принципу законності. Наразі принаймні загальновизнаною є прогалина у відсутності визначення спеціального суб'єкта (так званий "елемент лідерства"), що до врегулювання Верховним Судом у лютому 2024 року, на жаль, не всіма сприймалася однаково (як така, що імпліцитно вбудована в сутність злочину за міжнародним правом). Окрім того, стаття оперує трьома (часто анахронічними) категоріями, взаємозв'язок яких незрозумілий ("агресивна війна", "воєнний конфлікт", "агресивні воєнні дії). Навряд автори статті при її створенні мали намір належно розмежувати ці категорії, а навіть якщо й мали, зі звичайного значення термінів їх взаємозв'язок чи відмінності не є очевидними. Поточна редакція також не містить традиційного для визначення злочину відсилки до "акту агресії", а також до діянь, що можуть становити такий акт агресії. Слід також зважити, чи майбутня редакція статті 437 КК України бажатиме відтворити деякі обмеження, специфічні до режиму Римського статуту (наприклад, поріг, що вимагає, аби акт агресії "за своїм характером, тяжкістю та масштабом становив явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй"). Обґрунтованість розмежування санкцій на підставі планування, підготовки або розв'язування з одного боку і ведення з іншого також потребує додаткового аналізу.

7

Закон № 4012-IX виправив кілька фундаментальних недоліків статті 442 КК України, зокрема (i) прибрав "заподіяння тяжких тілесних ушкоджень" як основоположне діяння, замінивши його на "заподіяння серйозної шкоди"; (ii) прибрав "скорочення дітонародження" як форму основоположного діяння (яка відсутня в усталеному визначенні злочину геноциду за міжнародним правом); (iii) уточнив, що заклики до геноциду є кримінально караними не тоді, коли вони є лише публічними, але публічними й прямими. Усі ці зміни наблизили статтю 442 КК України до міжнародно визнаного визначення злочину геноциду. Водночас стаття 442 КК України все ще містить низку хиб.

По-перше, складається послідовне враження, що законодавець, а, радше, суб'єкти, які стоять за розробкою різних законодавчих ініціатив (зокрема Закону № 4012-IX) з різних причин послідовно уникають прямої згадки про "ментальну шкоду". Загальновизнане визначення злочину за міжнародним правом містить не лише згадку про серйозну шкоду в контексті основоположного діяння, а й пряму вказівку на те, що шкода може бути як тілесною, так і ментальною. Це не просто звичайне, проміжне уточнення. Як випливає з підготовчих робіт до Конвенції, така вказівка має важливе значення і не є випадковою. Вона визнає – прямо і чітко – що серйозна шкода необов'язково має набувати тілесного, фізичного прояву. Інструментом знищення групи, аналогічним до фізичної шкоди, є шкода ментальна. Цю згадку важливо не ігнорувати, оскільки вона так само несе й символічний зміст. Чи то з незвичності, чи то з міркувань "нетиповості" згадки про ментальну шкоду в контексті формулювань українського законодавства про кримінальну відповідальність, на жаль, цей аспект продовжує ігноруватись.

По-друге, автори Закону № 4012-IX – свідомо чи несвідомо – спалюють сутність примітки до визначення “серйозної шкоди”. Примітка до статті 442 КК України закріплює типи діянь, які “слід розуміти” як серйозну шкоду, натакуючи на вичерпність переліку. Примітка є невдалою реплікою на подібну вказівку в Елементах злочинів до Римського статуту, яка, однак, стверджує, що діяння “може включати, але не обов’язково обмежується, актами катування, зґвалтування, сексуального насильства або нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням”, що чітко вказує на невичерпність переліку, радше на його ілюстративний характер. Якщо примітка до статті 442 КК України вважається необхідною (що є окремим предметом для дискусії, оскільки тоді постає питання, чому інші – не менш складні – правові конструкції основоположних діянь не мають уточнювальних приміток), її потрібно модифікувати на кшталт тієї, що міститься в Елементах злочинів. Серйозна шкода може набувати різноманітних форм залежно від контексту (наприклад, навіть насильницьке переміщення дорослих членів групи, залежно від супутніх обставин, контексту довкола і в поєднанні з іншими основоположними діяннями, може гіпотетично охоплюватись основоположним діянням у формі серйозної шкоди), а її оцінка чи доведення не полягає у встановленні того, чи потерпілий зазнав однієї з чітко визначених форм. Так само оцінка серйозності шкоди може мати суб’єктивний та об’єктивний виміри (і традиційно розглядається з обох перспектив). Якщо із деякими діяннями це простіше проаналізувати (наприклад, катування чи зґвалтування часто об’єктивно задовольнятимуть поріг тяжкості), поводження, що принижує гідність, може здаватися таким, що завдало серйозної шкоди з перспективи стороннього спостерігача залежно від їхнього життєвого профілю та ідентичності, але не буде таким для потерпілої особи.

Врешті, часто лунають заклики розширити спектр статті 442 КК України шляхом, наприклад, розширення переліку захищених груп чи списку основоположних діянь, зокрема включення “культурного геноциду”. Україні слід дотримуватись усталеного підходу до визначення злочину за міжнародним правом. У національній практиці правозастосування є – тільки до певної межі – простір для маневру в тлумаченні деяких елементів злочину (наприклад, знищення групи “частково” чи того, яким має бути “знищення” (фізичне/біологічне чи, ширше, соціальне, в контексті умислу). Однак цей простір обмежений рамками того, що – словами ЄСПЛ – становить “сутність злочину”: якщо українська практика нормотворчості та правозастосування виходить за “сутність злочину” за міжнародним правом, такі діяння не можуть називатись злочином геноциду. “Культурний геноцид” – не геноцид; “культурний геноцид” – один із напівпродуктів при розробці Конвенції, який був врешті відкинутий в остаточній версії. Діяння в основі того, що може розглядатись як “культурний геноцид”, може становити якийсь інший, автономний злочин (якщо в цьому вбачається потреба, що, знову ж, є предметом для окремої дискусії з огляду на розмиті межі поняття). Однак з нього необхідно тоді прибрати слово “геноцид” і оперувати іншими, альтернативними термінами (як-от “культурне” чи “соціо-культурне знищення”). Аналогічно, розширення списку захищених груп, хоча й знаходить відгомін у деяких національних юрисдикціях, є сумнівним кроком. Обмеження злочину чотирма захищеними групами було не випадковим: йому передували тривалі дискусії, які врешті призвели до того, що інші групи були відкинуті з визначення злочину з кількох важливих міркувань (до яких не вдаватимусь тут з міркувань обсягу). Знищення інших груп – наприклад, культурних, політичних, соціальних, ґендерних – може бути кримінально караним, але його не слід називати злочином геноциду. Отож, на національному рівні Україна має певний простір для маневру у тлумаченні тих чи інших елементів злочину (який, однак, обмежений “сутністю злочину” за міжнародним правом). Однак Україні не варто розширювати визначення злочину для включення сумнівних категорій чи концепцій, які були чітко відкинуті розробниками Конвенції з визначення злочину. Достатньо і потрібно виправити точкові недоліки, описані вище, а в іншому – керуватись фундаментальними правилами тлумачення за правом міжнародних договорів.

8

Стаття 442-1, попри її успіх із включенням злочинів проти людяності до КК України, містить низку недоліків, які потрібно виправити не лише для її повної гармонізації з усталеним міжнародно-правовим визначенням складів злочинів проти людяності, а й задля узгодження її власної внутрішньої структури. Найважливішими аспектами є наступні (хоча окремі інші формулювання теж викликають запитання):

1. Стаття 442-1 упускає важливий елемент суб’єктивної сторони – обізнаність про напад. Недостатньо, аби діяння було скоєне лише “умисно [...] в межах нападу” (з огляду на контекстуальний елемент, бажано уточнити положення, замінивши “в межах” на “в контексті” нападу). Важливо, аби виконавець діяння був обізнаний про такий напад. Це не технічна деталь, а критична складова суб’єктивної сторони злочинів проти людяності. Її упущення робить дефініцію за КК України неповною і, ба більше, хибною.
2. Логіка структури статті 442-1 є сумнівною. Стаття має дві частини: частина 1 закріплює всі злочини проти людяності, за винятком апартеїду, знищення та вбивства, які зарезервовані для частини 2. Частина 1 встановлює м’якший діапазон покарання, ніж частина 2: від 7 до 15 років позбавлення волі (частина 1) порівняно з 10-15 роками позбавлення волі та довічним ув’язненням (частина 2). Можна припустити, що логіка полягала в (традиційній для національного кримінального права) презумпції того, що злочини, пов’язані зі смертю людини, мають вищий ступінь тяжкості. Можливо, будучи виправданою для загальнокримінальних правопорушень, у контексті міжнародних злочинів така логіка є надміру суперечливою: деякі злочини проти людяності (як і інші міжнародні злочини) самі по собі не є тяжчими за інші. Вони не змагаються в Олімпійських іграх жорстокості й тяжкості. Вбивство п’яти людей не слід вважати тяжчим, ніж, наприклад, зґвалтування п’ятдесяти осіб у поєднанні з їх ув’язненням та катуваннями. Таким чином, є бажаним виключити поділ злочинів на дві категорії та об’єднати їх усі, зберігаючи довічне позбавлення волі як максимальне покарання та дозволяючи суддям в окремих провадженнях визначати тяжкість діяння на основі всіх відповідних обставин.

3. Розмежування злочинів на ті, що пов'язані і не пов'язані із заподіянням смерті, має дві інших логічних хиби:

а. Злочин апартеїду не завжди передбачає вбивство особи як основоположне діяння. Аналогічно, як злочин переслідування, який може скоюватись через убивства, але також через значно ширший спектр основоположних діянь. Однак обидва злочини опинились по різні сторони барикад з необґрунтованою презумпцією того, що апартеїд належить до категорії злочинів, обов'язково асоційованих із заподіянням смерті. Апартеїд, аналогічно як переслідування, може включати основоположне діяння у формі вбивств або ж ні. Це ще один аргумент на підтримку необґрунтованості розмежування основоположних діянь.

б. Стаття 442-1 закріплює основоположне діяння у формі “інших умисних нелюдських діянь подібного характеру” у частині першій. Телеологічне тлумачення передбачало би, що “подібний характер” стосується лише діянь у частині першій і не включає діяння у частині другій. Ця структура та логіка є абсолютно хибною. Римський статут та інші джерела міжнародного права, що формують уявлення про визначення злочинів проти людяності, передбачають, що “подібний характер” має оцінюватись щодо всіх інших основоположних діянь, зокрема тих, що пов'язані із позбавленням життя особи. Структура статті 442-1 руйнує цю логіку.

4. Іншим структурним недоліком статті 442-1 КК України є непослідовний підхід до визначення окремих злочинів. У деяких випадках визначення містяться в тексті статті (для переслідування, депортації та насильницького переміщення). Для інших злочинів (насильницьке зникнення, апартеїд, знищення та катування) визначення наведено в примітці до статті. Злочин примусової вагітності, визначений у Римському статуті, залишається невизначеним взагалі. Якщо об'єктом і метою статті 442-1 КК України є наблизити визначення злочинів до загальноприйнятого підходу за міжнародним правом, слід послідовно дотримуватись структури і логіки визначення категорій.
5. На відміну від Римського статуту, стаття 442-1 КК України додає поняття “торгівлі людьми” поряд зі злочиним оборонення в рабство. Римський статут не визначає торгівлю людьми як міжнародний злочин, і вона вважається формою оборонення в рабство. З формулювання статті незрозуміло, яку додаткову цінність має згадка про торгівлю людьми. До того ж, з незрозумілих причин стаття 442-1 не визначає акт оборонення в рабство, як це робиться для кількох інших злочинів (насильницьке зникнення, апартеїд, переслідування та катування).
6. У контексті злочину “насильницького переміщення” стаття 442-1 не включає поняття вислання шляхом “інших примусових діянь” з невідомих причин. Рекомендується внести зміни до цього положення, щоб привести його у відповідність до визначення Римського статуту. Крім того, формулювання статті 442-1 КК України, як видається, впроваджує вимогу про те, щоб депортація або насильницьке переміщення були спрямовані на “відповідну групу”. Римський статут визначає “депортацію або насильницьке переміщення населення” як “переміщення відповідних осіб”. Це включає переміщення навіть однієї особи. Важливо, що переміщене “населення” (яке може включати одну особу) не має особливого статусу чи вимог щодо характеру (тобто воно не обов'язково має бути конкретною групою). Включаючи вимогу про те, щоб переміщення було спрямоване на “відповідну групу”, стаття 442-1 нав'язує непотрібну додаткову вимогу, яка страждає від притаманної неясності (тобто підстави, на яких слід визначати цю групу, незрозумілі). Рекомендується внести зміни до цього положення, щоб виключити цю вимогу та привести його у відповідність до загальноприйнятого визначення за міжнародним правом.
7. Стосовно злочинів сексуального насильства, стаття 442-1 не включає “сексуальне рабство” як злочин проти людяності, що є особливо проблемним, оскільки сексуальне рабство не може бути кваліфіковано як окремий воєнний злочин за Женевськими конвенціями. При цьому стаття 442-1 криміналізує “сексуальну експлуатацію”, яка не є загальноприйнятим злочином проти людяності і відрізняється від “сексуального рабства” відсутністю елементу привласнення.
8. З невідомих причин, стаття 442-1 КК України посилається на визначення апартеїду в Конвенції проти апартеїду, а не на визначення у Римському статуті. Це може викликати дві ключові проблеми: (i) визначення в Конвенції не посилається на “інституціоналізовану систему” так чітко, як у Римському статуті, та (ii) Конвенція має дуже конкретний обмежений перелік діянь, які становлять апартеїд, на відміну від ширшого акценту Римського статуту на “нелюдських діяннях подібного характеру”.

Це лише окремі проблемні аспекти статті 442-1 КК України в поточній редакції. Слід пам'ятати, що визначення відповідних злочинів за міжнародним правом і підбір термінів для опису їх складів не були випадковими. Національне законодавство не може обирати відкинути чи прийняти ці вимоги, терміни та тести у випадковому порядку.

9

Інститут відповідальності командування, зокрема його втілення у статті 31-1, Розділу VI (“Співучасть у кримінальному правопорушенні”) Загальної частини КК України є чудовою ілюстрацією того, як деякі традиційно усталені концепти міжнародного кримінального права гармонійно не ладнають (і, певне, повноцінно не можуть ладнати) з національними правовими системами. Довге цитування статті, розділу і частини в попередньому реченні не є випадковим нудним, достеменним цитуванням. Воно ілюструє, як законодавець (та ініціатори відповідних змін) намагалися знайти місце у системі КК України інституту, до якого КК України ... просто не є прилаштованим. Напівноги відповідальність командування опинилося у Розділі VI про співучасть, але водночас залишається нормою “свій серед чужих” у ньому, бо не є і не може бути “спільною умисною участю”. І навіть за послідовністю викладу помітно, як законодавець (та дотичні до законотворчості в цьому випадку особи) обережно розмістили статтю 31-1 КК України після усіх інших парасолькових норм Загальної частини, що регулюють співучасть. Інститут відповідальності командування є *sui generis* інститутутом.

Без повноцінної реформи Загальної частини (питання, чи вона є потрібною і бажаною лише задля міжнародних злочинів є іншим глобальним питанням), такий інститут найкраще би знайшов своє справедливе місце серед норм Особливої частини КК, тим більше, що і практика інших юрисдикцій, і доктрина міжнародного кримінального права, і тлумачення ЄСПЛ підтримують підхід до визначення відповідальності командування як окремого складу правопорушення.

Важливо, однак, пам'ятати, що хоча порушення командуванням обов'язку запобігти злочинам і їх припинити достатньо легко вписується у читання статті 438 КК України у поточній редакції (як "інші порушення законів і звичаїв ведення війни"), його так само важливо поширити на злочин геноциду та злочини проти людяності. Зі всією прихильністю до гармонізації національного законодавства з міжнародним правом, один лише інститут не повинен перевертати Загальну частину КК догори дригом.

Інше питання стосується змісту виписаного положення у статті 31-1 КК України. Наприклад, елемент суб'єктивної сторони для цивільних начальників ("знав або повинен був знати, або свідомо проігнорував інформацію") йде повністю всупереч усталеній міжнародно-правовій доктрині. Залишу це питання поза межами детального обговорення на цих сторінках, але звичаєве міжнародне право і Римський статут недарма диференціюють різні пороги суб'єктивної сторони для військових командирів і цивільних начальників. На жаль, національний законодавець це повністю поігнорував, накладаючи на цивільних начальників стандарт аналогічний до військових командирів і змішуючи разом усі можливі тести суб'єктивної сторони.

Крім того, стаття 31-1 КК України, принаймні текстуально, звужує застосування відповідальності командування до випадку, коли конкретна підлегла особа, яка вчинила (або мала намір вчинити) злочин, перебувала під контролем командира/начальника. Римський статут визначає відповідальність командування як таку, що застосовується до взаємовідносин між "силами" або "підлеглими" відповідно, які перебувають під контролем особи. Йдеться про нездатність командира або начальника належним чином здійснювати контроль, який вони мають над групою, в результаті чого одна або більше осіб вчиняють злочини. Командиру чи начальнику необов'язково знати ідентичність конкретних осіб, що вчинили злочини. Натомість, стаття 31-1 визначає відповідальність командування лише як таку, що застосовується до взаємовідносин між конкретною "підлеглою особою", який перебуває під контролем командира. Це створює надміру вимогливий поріг.

Врешті, стаття 31-1 КК України, схоже, залишає прогалину та не застосовується до ситуацій, коли група, яка вважається такою, що належить до збройних сил держави, має командирів, які не мають офіційних законних підстав для здійснення влади, але, втім, здійснюють фактичне командування. У статті 31-1 визначення терміну "військовий командир" відповідає міжнародній практиці. Однак визначення терміну "інша особа, яка фактично діє як військовий командир" видається надто більш обмеженим, ніж диктує усталена судова практика, яка має на меті охопити всіх тих, хто не має формальних юридичних повноважень, але здійснює командування всіма видами збройних сил. Стаття 31-1 передбачає лише дві можливості: це або військовий командир, який спеціально уповноважений законом здійснювати командування або контроль над державними збройними силами, або інша особа, яка фактично діє як військовий командир і здійснює фактичну владу та контроль над особами, які не належать до збройних сил держави. Таким чином, особа, яка здійснює ефективне командування або контроль над підрозділами, що належать до збройних сил держави, не охоплюється цим положенням. Це створює потенційно суттєву прогалину.

10

Стаття 7(2) Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) – це не карт-бланш до ретроактивного застосування законодавства про кримінальну відповідальність до випадків міжнародних злочинів. Справи, у яких ЄСПЛ визнавав обґрунтованість застосування статті 7(2) ЄКПЛ стосувалися контекстів, у яких або конституційна норма, або норма закону про кримінальну відповідальність передбачали можливість ретроактивного застосування закону у справах про міжнародні злочини. Контекст України значно складніший. Самого існування статті 7(2) Конвенції недостатньо, аби випередити аргументи стосовно принципу законності. Стаття 5 КК України надміру чітка: вона, як положення єдиного нормативно-правового акта, що визначає кримінальну протиправність діяння, його караність та інші кримінально-правові наслідки, не містить жодного прямого винятку із заборони ретроактивного ефекту для міжнародних злочинів. Тому першим необхідним кроком буде принаймні внесення змін в КК України. Однак будь-які зміни, так чи інакше, впираються в конституційне положення статті 58. На відміну від деяких інших Конституцій європейських держав стаття 58 говорить про заборону притягнення до відповідальності за діяння, "які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення". Вжиття терміна "закон", а не "право" (як це робить, зокрема, стаття 7(2) Конвенції) є особливо проблемним для ретроактивного застосування. Є простір для аргументу про те, що творці Конституції вжили термін "закон" у широкому значенні, маючи на увазі не лише національний нормативно-правовий акт, а й "загальні принципи права, визнані цивілізованими націями", як їх згадує стаття 7(2) Конвенції (хоча справжні наміри укладачів Конституції в цьому розрізі буде складно дослідити і довести). Однак (принаймні) доки Конституційний суд не протлумачить цю вимогу (з розумінням усіх складнощів процесу конституційного правосуддя), навряд можна однозначно стверджувати, що ретроактивне застосування відповідатиме принципу законності. Конституційна норма, врешті решт, має абсолютний примат перед статтею 7(2) Конвенції, навіть якби ми визнали, що принцип законності не вимагає впровадження окремого положення до КК України, що передбачав би можливість ретроактивного застосування.

Костянтин Задоя



1

На мій погляд, ідея про те, що кодифікація кримінального права робить цю галузь права передбачуванішою та зрозумілішою для тих, кому адресовані її норми, є ілюзорною. КК України переповнений геть різнорідними нормами, достеменно розібратися в усіх нюансах яких складно навіть представнику академічної чи практичної юриспруденції з багаторічним стажем. Тож загалом я не бачу проблеми в прийнятті окремого (автономного) закону щодо міжнародних злочинів. Однак є три взаємопов'язані обставини, у світлі яких такий крок був би помилкою прямо зараз: а) надзвичайно велика кількість відкритих кримінальних проваджень щодо міжнародних злочинів; б) надзвичайне суспільне значення цих проваджень; в) відсутність в українських правозастосувачів досвіду застосування окремих (автономних) законів, що співіснують з КК України.

2

На мій погляд, є вагомі аргументи на користь детального та вичерпного «каталогу»: а) він робить кримінальний закон передбачуванішим для його адресатів; б) він дозволяє краще диференціювати караність воєнних злочинів (станом на сьогодні і особа, яка вчинила катування військовополоненого, і особа, яка вчинила напад на цивільне населення, і особа, яка вчинила обидва ці діяння підлягають покаранню в одних і тих самих межах); в) з огляду на реалії судової практики застосування статті 438 КК України, немає підстав вважати, що українські суди дали собі раду з її напівбланкетним характером.

3

На мій погляд, криміналізація порушень міжнародного гуманітарного права, що не визнаються серйозними за міжнародним правом, цілком припустима. Однак це рішення має бути продуманим та зваженим, оскільки подібні положення стосуватимуться й українських громадян. При цьому принципово важливо провести межу між «несерйозними» порушеннями міжнародного гуманітарного права та «справжніми» воєнними злочинами, оскільки лише з останніми міжнародне право пов'язує далекосяжні правові наслідки, як-от універсальну юрисдикцію, незастосування строків давності чи амністії.

4

Римський статут, хоча й містить найповніший «каталог» воєнних злочинів за міжнародним правом, однак не є міжнародним кримінальним кодексом. Тому виконання Україною її зобов'язань з переслідування та покарання воєнних злочинів передбачає криміналізацію всіх порушень міжнародного гуманітарного права, які міжнародне право визнає серйозними.

5

Хоча використання більш узагальнених (абстрактних) формулювань для характеристики воєнних злочинів, на перший погляд, не виглядає проблемою (зокрема, такі формулювання можна побачити у кримінальних законах іноземних держав), з огляду на реалії української судової практики це виглядає поганим рішенням. З високою ймовірністю воно призведе до нового витку плутанини з тим, яку поведінку подібні формулювання охоплюють, а яку — ні, та які джерела міжнародного гуманітарного права слід враховувати при їх тлумаченні, а які — ні.

6

На мій погляд, стаття 437 КК України потребує змін, які б наблизили її зміст до статті 8bis Римського статуту. Зокрема, згадування в ній про агресивну війну, а не про акт агресії, є відвертим анахронізмом. Крім того, питання про суб'єкта цього злочину також повинно бути розв'язане максимально відповідно до міжнародного права. Я б назвав такі зміни принциповими та кардинальними.

7

Загалом стаття 442 КК України задовільно відповідає міжнародному праву, однак в певних аспектах потребує вдосконалення. Зокрема, визначення серйозної шкоди в примітці до цієї статті не повинно мати характер закритого «каталогу».

8

Загалом стаття 442-1 КК України задовільно відповідає міжнародному праву, однак в певних аспектах потребує вдосконалення. Зокрема, явно помилковим є вжиття у частині другій цієї статті слова «вбивств», а не «вбивства»; потребують чіткішого розмежування такі форми цього злочину, як катування та інші умисні нелюдські діяння.

9

Загалом стаття 31-1 КК України задовільно відповідає міжнародному праву. Важливо, що це положення розміщене в Загальній частині КК України, що точніше передає природу інституту командної відповідальності, яка полягає в тому, що суб'єкт командної відповідальності відповідальний за каузальний внесок у злочин підлеглого, а не за окреме правопорушення *sui generis*. Це ріднить інститут командної відповідальності з інститутом співучасті в кримінальному правопорушенні. Хоча, звісно, між ними є й відмінності: командна відповідальність не передбачає змови (домовленості) між начальником та підлеглим. Втім, в певних аспектах стаття 31-1 КК України потребує вдосконалення. Наприклад, уточнення того, що військовий командир, інша особа, яка фактично діє як військовий командир, чи інший начальник підлягають відповідальності, якщо вони не вжили «необхідних і розумних заходів», як про це каже стаття 28 Римського статуту; було б доречно доповнити статтю 31-1 КК України частиною, яка б визначала особливості призначення покарання суб'єктам командної відповідальності.

10

Без спеціальних змін стаття 5 КК України «блокуватиме» ретроактивне застосування новел кримінального закону. На мій погляд, спеціальне положення не суперечить статті 58 Конституції України, оскільки метою останньої не може бути забезпечення безкарності тих, хто є злочинцем з погляду міжнародного права. Особливо, якщо скоєний міжнародний злочин завдав шкоди українському народу чи окремим його представникам.

Дмитро Коваль



1

Насправді для мене не є взаємозаперечними перший і третій варіанти. Питання не стільки в формі, скільки в змісті. Символічно, задля відділення уявлень про повну узгодженість логіки міжнародного кримінального права та національного права серед акторів правозастосування, окремий законопроект буде кращим. Втім, це лише за умови справді якісного його пропрацювання, що сьогодні не видається реальним. Тож, ймовірно, перший варіант в цьому сенсі мав би бути рівноцінним вибором.

2

Я б не закривав остаточно список злочинів за Кримінальним кодексом України. Втім, очевидно, потрібне розширення каталогу конкретних диспозицій, яке пропонує, скажімо, законопроект № 2689.

3

Немає в міжнародному гуманітарному праві вказівки на те, що лише грубі та серйозні порушення мають бути воєнними злочинами. Якщо держава, з погляду власного бачення суспільного інтересу і його захисту, хоче криміналізувати щось іще, це цілком допустимо. Така можливість навіть прямо впливає з деяких міжнародних договорів, наприклад, Протоколу 1999 року до Конвенції про захист культурних цінностей. Тому, теоретично, виходячи зі спостережень за конфліктом між Росією і Україною, можна думати про ширший список порушень. Що не означає, що обов'язково мають бути криміналізовані порушення, які не є грубими чи серйозними.

4

5

6

Осучаснення мови статті в контексті Кампальських змін до Римського статуту, але не обов'язково копіювання визначення зі статті 8bis Статуту.

7

Не обов'язково всі зміни, що відбулися у 2024 році, мали сенс. Наприклад, я б не додавав фразу «як таку». Її відсутність створювала деякі можливості для української прокуратури. Втім, уже сталося те, що сталося.

8

9

Ця стаття КК України потребує приведення у відповідність з Римським статутом. Сучасна версія вимагає дещо неможливого від цивільних очільників.

10

З погляду міжнародних зобов'язань України проблем з ретроспективним застосуванням немає. Втім, вона очевидно є з погляду Конституції України.

Тимур Короткий



1

Прийняття автономного (окремого) кримінального закону, навіть якісного, (1) не є притаманним для кримінального права України; (2) ускладнить правозастосування; (3) призведе до колізій з Кримінальним кодексом України; (4) не має доданої вартості в практичному і техніко-юридичному сенсах.

2

Оптимальним та найбільш легітимним є наявність детального та вичерпного «каталогу» воєнних злочинів, з врахуванням необхідності адаптації положень статті 8 Римського статуту до кримінального права України з погляду оптимізації термінології та видів воєнних злочинів, а також розвитку міжнародного кримінального права, міжнародного гуманітарного права та реалій сьогодення.

3

Варіант «окремої» криміналізації вірогідно є проміжним щодо розвитку національної практики переслідування за воєнні злочини.

4

5

В основі статті 8 Римського статуту серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, які створювалися та відображалися в практиці міжнародних кримінальних трибуналів в різні періоди і в різних джерелах. Тому узагальнені (абстрактні) формулювання потрібні, коли це доцільно з погляду юридичної техніки та практики застосування. Мова йде не про широкі, а цільові застосування.

6

Формально зміна назви статті як такої не обумовлює необхідності змін. Зміни скоріше обумовлені гармонізацією диспозиції статті з положеннями міжнародного кримінального права з врахуванням (1) національного рівня притягнення до відповідальності за злочин агресії; (2) створення Спецтрибуналу щодо злочину агресії проти України.

7

8

9

Доповнення Кримінального кодексу України статті 31-1 є значним кроком в удосконаленні командної відповідальності. Її розташування у розділі VI Загальної частини Кодексу вірогідно не є оптимальним, але, на мій погляд, не заважає її застосуванню.

10

Надання зворотної сили новелам Кримінального кодексу України щодо міжнародних злочинів шляхом спеціальної вказівки на це пов'язане з імперативним характером статті 5 Кримінального кодексу України, і є формальним питанням.

Олександр Марін



1

Прийняття окремого кримінального закону — революційний шлях. Однак нічого не заважає, за умови належної якості, прийняти цей окремий закон зараз, не чекаючи на «ідеальні обставини», які можуть і не настати.

2

Це стосується не лише зручності та інформативності кримінально-правової норми, а й кращої превентивної дії відповідної заборони. У зарубіжних країнах, яким не доводилося застосовувати відповідні норми, вони можуть існувати і у формі «для годиться».

3

Надмірна криміналізація погано спрацює й щодо воєнних злочинів. Це закономірність, яку потрібно враховувати. Тим більше, що чинне загальне кримінальне право передбачає як кримінальне правопорушення практично весь спектр суспільно небезпечної поведінки. Питання тільки у правильних «колізійних» нормах, які б розмежовували загальне кримінальне право та імплементоване міжнародне кримінальне право щодо міжнародних злочинів.

4

Немає що додати. Відповідь видається очевидною. Якщо обирати спосіб детального вичерпного «каталогу», то він має бути таки вичерпним. Для цього можна і потрібно використовувати абстрактні формулювання та оцінні поняття, точний зміст яких встановлюватиметься із використанням положень міжнародного права. Це ще один аргумент виокремлення відповідного кримінального закону для побудови зрозумілих системних зв'язків.

5

Джерела міжнародного права і без того широко використовують такого роду поняття, тому і їх використання у національному законодавстві (навіть в окремому кримінальному законі) здатне спричинити неабиякі труднощі у правозастосуванні. Розширювати їх перелік не виглядає доцільним.

6

Не маю коментарів. Потрібне додаткове дослідження. Але згоден з колегами, які виокремлюють відповідні проблеми.

7

8

9

Видається необхідним формулювання самостійної кримінально-правової норми в Особливій частині КК (окремому кримінальному законі).

10

Якщо розв'язувати проблему юридично «чисто», то варто потурбуватися про зміну відповідних положень Конституції України, а не Кримінального кодексу України. А до тих пір, застосування положень статті 7 Європейської конвенції з прав людини буде конституційно сумнівним.

Вікторія Мозгова



1

За останній рік українське законодавство зробило важливі кроки у напрямі гармонізації КК України з міжнародним кримінальним правом (хоча були неодноразові спроби зробити це раніше і повніше, наприклад, Закон України від 20.05.2021 (законопроект № 2689 від 27.12.2019). Подальше його вдосконалення потребує набагато менше зусиль і містить у разі менші ризики для ефективного правозастосування, ніж прийняття автономного закону. Такий підхід вбачається найбільш ефективним, послідовним і стабільним, а також таким, що відповідає доктрині національного кримінального права.

Його переваги охоплюють:

- збереження системності, цілісності та легітимності кримінального законодавства, коли всі склади правопорушень та загальні положення притягнення до відповідальності містяться в єдиному кодифікованому акті, а положення міжнародного права імплементовані в акті з найвищою юридичною силою щодо кримінально-правових відносин;
- зручність для правозастосовувачів та сприяння правовій визначеності в умовах війни: слідчі, прокурори, судді й адвокати оперують єдиним зрозумілим і сталим джерелом матеріально-го кримінального права з мінімальними ризиками колізій, що особливо важливо в умовах війни, яка триває, коли реформа у сфері кримінального чи кримінального процесуального права може мати вкрай негативні наслідки для дотримання інтересів потерпілих та створити умови для безкарності, враховуючи недосконалість і передбачувану «сирість» нового підходу — автономного (окремого) закону;
- уніфікацію підходів до тлумачення та застосування, передусім загальних положень законодавства про кримінальну відповідальність, що підвищує гарантії ефективності притягнення до відповідальності за міжнародні злочини.

Водночас автономний закон, запропонований у законопроекті № 11538, є менш ефективним механізмом: він фактично створює паралельне правове поле, ризики фрагментації системи, правової плутанини, конкуренції норм, а також ускладнення для практиків, які вже працюють із міжнародними злочинами, та для поточних численних кримінальних проваджень щодо воєнних злочинів і дотримання інтересів потерпілих від них.

2

Маю дещо уточнений варіант відповіді на це запитання. Доцільність каталожного способу криміналізації, доповненого елементом відкритості (спосіб «каталогу», але не вичерпного). Пропонована відповідь «Напівбланкетний спосіб» виглядає як варіант залишити все без змін, з чим не можу погодитися, однак відповідь третя не підходить через вичерпність переліку. Тому обрала другу відповідь, як таку, що ближча до зайнятої позиції.

З огляду на потреби правозастосування, принципи верховенства права та міжнародні зобов'язання України, видається оптимальним каталожний спосіб криміналізації воєнних злочинів, доповнений елементом відкритості, що дозволяє уникнути застарівання норм і проблеми своєчасного внесення до них змін.

По-перше, принцип правової визначеності, як компонент верховенства права, вимагає чіткості, передбачуваності та доступності кримінально-правових норм. Цей принцип прямо впливає з рішень Конституційного Суду України (див.: № 15-рп/2004 від 02.11.2004 та № 3-рп/2005 від 01.12.2004) та практики ЄСПЛ (див.: *Brumărescu v. Romania* та *Steel and Others v. the United Kingdom*). У національному праві він виводиться з положень статей 1, 3, 8, 21, 22 та 64 Конституції України, які гарантують непорушність прав людини, їхню передбачуваність і захищеність.

По-друге, чинна напівбланкетна конструкція (я б усе-таки говорила не про «напів», а майже про повністю бланкетну, з т.з. того обсягу воєнних злочинів, які вона прямо не зазначає) статті 438 КК України відсилає до численних міжнародних джерел, створює значні труднощі для правозастосувачів.

При цьому, зворот «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» — є невдалим і не в інтересах потерпілих й внеску у дотримання світового правопорядку. Таке обмеження криміналізації міжнародного злочину лише ратифікованими договорами, має низку серйозних наслідків — як практичних, так і правових. Фактично це не відповідає стаття 7 Європейської конвенції з прав людини та статті 15 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, створює ризик безкарності за нові або «нератифіковані злочини».

Міжнародне гуманітарне право складається не лише з договорів, а й зі звичаєвих норм, які є обов'язковими незалежно від ратифікації (див. справу *Kononov v. Latvia*, де Європейський суд з прав людини визнав, що засудження за злочини, які були такими за звичаєвим міжнародним правом, не порушує статтю 7 Конвенції, навіть якщо національне законодавство не містило прямої норми).

Натомість каталожна модель викладу воєнних злочинів, подібна до статті 8 Римського статуту і доповнена новими актуальними складами злочинів, які нею ще не охоплені, забезпечить не тільки відповідність міжнародним стандартам, а й зручність і ефективність для практиків: слідчих, прокурорів, адвокатів і суддів. Вона дозволить уникнути складного тлумачення міжнародних норм, які часто є фрагментарними, розпорошеними та неадаптованими до національного контексту, а також формалізму, юридичної плутанини, невинуватених помилок у кваліфікації злочинів та, як наслідок, фактичній безкарності. У реаліях обмеженої підготовки в Україні правозастосувачів у сфері міжнародного гуманітарного права, це має вирішальне значення, особливо в умовах триваючого збройного конфлікту з масовими жертвами і руйнуваннями.

По-третє, доступність закону для громадян — ще один ключовий аргумент. Відповідно до принципу *nullum crimen sine lege* (стаття 7 Європейської конвенції з прав людини), пересічна особа має змогу передбачити, які дії є кримінально караними. Це можливо належно забезпечити лише за умови максимального повного, чіткого та структурованого формулювання складів воєнних злочинів у самому тексті закону, а не шляхом пріоритетного відсилання до зовнішніх джерел. Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував, що кримінальний закон має бути достатньо чітким, передбачуваним і доступним для громадян (справи *Kokkinakis v. Greece*, *Sunday Times v. UK*).

По-четверте, щоб уникнути застарівання переліку складів воєнних злочинів, доцільно передбачити в диспозиції відповідної статті формулу відкритості, наприклад: «... а також інші діяння, що відповідно до норм міжнародного гуманітарного права, включаючи загальновизнані принципи та норми міжнародного звичаєвого права, визнаються воєнними злочинами».

По-п'яте, щодо того, що в окремих іноземних правових системах воєнні злочини криміналізовані в суто бланкетний спосіб, слід зазначити наступне. Кожна держава має свою історію щодо криміналізації воєнних злочинів — історію, яка могла бути тернистою і далеко не завжди відбувалася в умовах повномасштабної війни чи з усвідомленням важливості конкретизації відповідних норм. Бланкетна модель може бути допустимою в системах із високим рівнем правової культури, безпечною стабільності та сталою судовою практикою. Однак в українських реаліях війни, прагнення до справедливості та ефективного правосуддя така модель вбачається недостатньою. Бланкетна або напівбланкетна конструкція завжди створює труднощі для правозастосування і дотримання інтересів потерпілих — і якщо їх можна уникнути, то чому цього не зробити?

Таким чином, вдосконалення КК України щодо воєнних злочинів шляхом поєднання пріоритетного каталожного та частково бланкетного підходів (спосіб «каталогу», але не вичерпного) дозволить:

- забезпечити правову визначеність і передбачуваність;
- підвищити обізнаність пересічних громадян (оскільки це забезпечує чітке, доступне й передбачуване формулювання складів злочинів) і, як наслідок, зменшити латентність;
- підвищити єдність практики та інституційну спроможність органів правосуддя, яка напряму залежить від зрозумілості й уніфікованості норм;
- підвищити ефективність правозастосування: прискорити розслідування та судовий розгляд, а також уникнути зайвих дискусій щодо обсягу криміналізованої поведінки, свавільного тлумачення та постійної залежності від іноземних експертів;
- мати гнучкість, адаптувати закон до динаміки міжнародного гуманітарного права;
- продемонструвати політичну волю до гармонізації з міжнародним правом, у т.ч. звичаєвим, підвищуючи міжнародну правову суб'єктність України;
- уникнути вибіркового правозастосування та зміцнити довіру громадян до кримінального законодавства.

3

З погляду міжнародного права Женевські конвенції, Римський статут та інші норми міжнародного права зобов'язують держави криміналізувати саме серйозні порушення міжнародного гуманітарного права. Це — це мінімум, а не максимум. Держава має право криміналізувати будь-які норми міжнародного гуманітарного права, навіть якщо ці порушення не вважаються «серйозними» згідно з міжнародним правом. Це відповідає принципу complementarity: міжнародні механізми втручаються лише тоді, коли держава не спроможна або не бажає здійснювати правосуддя.

Крім того, міжнародне гуманітарне право — це не застигла система, а динамічна галузь права, яка постійно розвивається. Кожна нова війна — зокрема така, як в Україні, — виявляє нові виклики, прогалини та технологічні загрози (наприклад, автономну зброю, кібератаки, блокування гуманітарної допомоги, окремі випадки знищення культурної спадщини, екологічні катастрофи певного характеру, спричинені війною тощо), які або ще не врегульовані на рівні міжнародних договорів, або не мають чіткого міжнародного кримінального визначення чи зобов'язання криміналізації.

Саме тому національні практики можуть і повинні відігравати роль каталізатора розвитку міжнародного гуманітарного права, демонструючи нові підходи до криміналізації, документування та переслідування порушень гуманітарного права.

Україна, як держава, що переживає повномасштабну війну, має унікальну можливість не лише імплементувати міжнародні стандарти, а й формувати нові практики, які згодом можуть бути визнані на міжнародному рівні. Це відповідає логіці еволюції міжнародного гуманітарного права, де багато норм — зокрема щодо захисту цивільного населення чи заборони певних видів зброї — спочатку виникали в національних юрисдикціях, а вже потім ставали частиною міжнародного звичаєвого або договірного права.

Отже, криміналізація лише серйозних порушень — це мінімальний стандарт. Прогресивна держава, яка прагне до справедливості, ефективного правосуддя та зміцнення міжнародного правопорядку, має право і навіть обов'язок виходити за межі мінімуму, криміналізуючи також інші сутнісно небезпечні порушення міжнародного гуманітарного права — за умови дотримання принципу правової визначеності.

Тож Україна має всі права і навіть обов'язок прагнути до лідерства у сфері міжнародного кримінального правосуддя. Вона має вийти за межі мінімального стандарту й криміналізувати також інші порушення міжнародного гуманітарного права, які не визнаються серйозними воєнними злочинами на міжнародному рівні, але становлять високу суспільну небезпеку та національний інтерес — наприклад, знищення культурної спадщини без воєнної необхідності. Це дозволить також забезпечити повніший захист потерпілих, справедливість і ефективність запобігання новим злочинам та зміцнити міжнародний авторитет України як держави, що не лише виконує, а й розвиває міжнародне гуманітарне право.

4

Дещо ширша відповідь: окрім складів, передбачених статтею 8 Римського статуту, Україна може (і має) криміналізувати всі діяння, які визнаються в джерелах міжнародного права серйозними порушеннями міжнародного гуманітарного права, а також ті, які ще не визнаються серйозними воєнними злочинами на міжнародному рівні, але становлять високу суспільну небезпеку та національний інтерес для переслідування.

Тут слід враховувати не лише Другий Протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1954 року (від 1999 року) чи інші норми міжнародного права, які становлять прогалини в Римському статуті, а й, наприклад, резолюції Ради Безпеки ООН, документи Міжнародного комітету Червоного Хреста, звіти Комісії ООН з розслідування злочинів в Україні та інші дотичні джерела, а також виклики й технологічні загрози поточної війни — усі вони вказують на нові виклики, які потребують криміналізації або принаймні розгляду на предмет криміналізації.

Україна, як держава, яка веде оборонну війну та прагне правової відповідальності, має унікальну історичну можливість сформулювати власний підхід до визначення серйозних порушень міжнародного гуманітарного права та встановити кримінальну відповідальність за ті діяння, які хоча й не передбачені Римським статуту чи сучасним міжнародним гуманітарним правом, але становлять високу суспільну небезпеку, національний інтерес для переслідування і мають масовий або системний характер (тут без шкоди злочинам проти людяності, а як можливість багаторівневої кваліфікації).

До кола таких порушень варто віднести:

1. Знищення культурної спадщини без воєнної необхідності — як це передбачає Другий Протокол 1999 року, але з урахуванням специфіки українських об'єктів, зокрема релігійних та історичних пам'яток;
2. інші види екологічної шкоди, спричинені збройними діями, окрім тих, що вже є в Римському статуті («віддалені в часі» (відкладені наслідки), мають кумулятивний ефект (накопичення шкоди), локальні екологічні катастрофи, знищення водних ресурсів, ґрунтів або хімічне забруднення тощо). У національному праві такий склад злочину потребує чіткого формулювання з урахуванням стандартів екологічної безпеки та тривалого впливу;
3. блокування гуманітарної допомоги — міжнародне право лише побіжно визнає голод як метод ведення війни, але не охоплює системні дії з перешкоджання доставлення ліків, їжі, евакуації цивільних, що актуальним є для українського контексту;
4. системне сексуальне насильство та різні його форми, що передбачають, наприклад, публічне приниження, сексуалізоване катування, загрози сексуального характеру. Враховуючи документовані випадки сексуального насильства в умовах збройного конфлікту в Україні, потрібна криміналізація не лише конкретних діянь, а й системного контексту їх вчинення;
5. кібератаки проти об'єктів, що мають гуманітарний захист (кібератаки на системи електропостачання, медзаклади, очищення води тощо).
6. застосування автономної (застерованої) зброї проти цивільного населення — в умовах поточної війни це питання залишається дискусійним. Водночас після її завершення можуть бути ухвалені рішення на міжнародному рівні щодо надання таким діям кримінально-правової кваліфікації, спираючись на принципи розрізнення та гуманності.
7. інформаційно-культурна агресія (поширення дезінформації, інформаційно-психологічні операції, знищення культурної ідентичності як спосіб ведення війни тощо).

5

Оптимальна модель криміналізації воєнних злочинів у КК України має поєднувати максимально повний, чіткий (деталізований) і структурований перелік конкретних діянь із відкритим елементом, що дозволяє охоплювати нові або складно класифіковані форми злочинної поведінки.

За умови належного нормативного обґрунтування (тобто якщо таке положення застосовується не для спрощення, а для посилення захисту), відкрите формулювання може використовуватися лише як доповнення до переліку конкретних споріднених дій фізичного характеру — наприклад, у вигляді конструкції «та інші подібні форми жорстокого поводження». Водночас обов'язковою умовою правомірності такого підходу є пряма вказівка в законі, що зміст цього положення визначається відповідно до норм міжнародного гуманітарного права.

У разі відсутності такого відсилання, а також з огляду на те, що національна судова практика у цій сфері ще не є сформованою і сталою, використання абстрактних (узагальнених) формулювань у кримінальному законі може створити низку ризиків:

- невизначеності кримінальної відповідальності, оскільки формулювання типу «жорстоке поводження» можуть тлумачитися надто розпливчато, неоднорідно або довільно. Національна судова система не може повноцінно виконувати функцію якісного тлумачення міжнародного права без належного інституційного забезпечення та спеціалізації;
- втрати легітимності правозастосування, коли навіть гуманістично орієнтоване положення викликає сумнів у його справедливому застосуванні або допускає зловживання — як у формі надмірної криміналізації, так і безкарності через нечіткість правової конструкції.

Якщо ж абстрактні формулювання використовуються не як доповнення до переліку, а як узагальнення діянь певного спорідненого виду, то формули на кшталт «жорстоке поводження» можуть мати додаткові негативні наслідки. Це не лише проблема правової визначеності (та інші ризики, зазначені вище у відповідях на питання), а й знеособлення окремих видів тяжкого насильства та обмеження можливості забезпечення єдності практики дискретної кваліфікації, коли це необхідно для справедливого призначення покарання.

6

Стаття 437 КК України потребує суттєвого доопрацювання для узгодження з міжнародним правом. Без цього її застосування може бути як юридично вразливим, так і політично чутливим.

Недоліки:

1. Відсутність чіткого визначення «агресії». У нормі не зазначено ані того, що саме вважається актом агресії, ані посилань на джерела тлумачення. Міжнародне право (зокрема, Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 3314 (1974) та стаття 8bis Римського статуту) містить визначення акту агресії через чіткий перелік дій. Без такого визначення зміст норми залишається розмитим, що ускладнює її застосування та підтримання обвинувачення. Крім того, відсутність посилання на Резолюцію № 3314 упускає міждержавний характер цього злочину як міжнародного і, теоретично, дозволяє застосувати норму до збройного конфлікту неміжнародного характеру.
2. Неврахування обов'язкової ознаки — спеціального суб'єкта. Згідно з Римським статутом (стаття 8 bis), злочин агресії може вчинити лише особа, яка фактично здійснює контроль або керівництво політичними чи військовими діями держави. У чинній редакції статті 437 КК України це не зазначено, що створює ризик надмірного розширення кола суб'єктів — аж до виконавців низького рівня. Такий підхід не відповідає міжнародним стандартам і може викликати негативну реакцію з боку ЄСПЛ.
3. Відсутність відсилання до міжнародного права. Норма не містить посилань, зокрема, на Статут ООН, що підриває її легітимність у міжнародному контексті та ускладнює її тлумачення відповідно до загальноновизнаних джерел.
4. Дискусійність положення щодо участі у змові. Це положення є спірним з огляду на вказану вимогу спеціального суб'єкта злочину агресії. Крім того, змова не виділена як окремий або кваліфікований склад, що викликає сумніви щодо доцільності її згадування в основному складі.

7

Чинна стаття 442 КК України загалом відповідає базовим положенням міжнародного кримінального права, зокрема Конвенції ООН про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (1948 року) і статті 6 Римського статуту. Водночас для максимального наближення до міжнародних стандартів, нових викликів сьогодення і забезпечення ефективного правозастосування її зміст можна вдосколати в кількох аспектах:

- Зробити визначення «серйозної шкоди» у примітці невичерпним — наприклад, за допомогою зворотів «у тому числі», «але не обмежуючись цим» тощо. Адже в міжнародному праві це поняття не є вичерпним і враховує контекст. Зокрема, не охоплено належним чином психологічне насильство, що не супроводжується боєм, або інші форми приниження гідності (системне чи цілеспрямоване заподіяння психотравматичних наслідків, наприклад, через публічне приниження, погрози, тиск, ізоляцію тощо). Крім того, словосполучення «моральні страждання» залишає занадто широкий простір для розсуду суду, є емоційно забарвленим і ускладнює доведення в кримінальному процесі.
- Підкреслити, що потерпіла особа належить до захищеної групи, а не лише те, що злочин вчинено з метою знищення такої групи. Це дозволить точніше відобразити об'єктивну сторону складу злочину відповідно до міжнародних стандартів.
- Не охоплено культурний геноцид, що є особливо актуальним у контексті України як дії, спрямованої на знищення культурної ідентичності. Варто розглянути можливість включення відповідної кваліфікуючої ознаки або примітки, яка враховує знищення мови, освіти, історії, культурної спадщини тощо як обставин, що можуть свідчити про геноцидний намір.

8

Чинна стаття 442-1 КК України загалом відповідає базовим положенням міжнародного кримінального права. Водночас для максимального наближення до міжнародних стандартів і забезпечення ефективного правозастосування її зміст можна вдосконалити в частині визначення «нападу». Так, формулювання у Примітці 1 «багаторазове (два і більше разів) вчинення будь-якого з діянь» не відповідає змісту словосполучення «широкомасштабного або систематичного нападу», як його тлумачить міжнародна доктрина. У Римському статуті не міститься числового критерію — акцент робиться не на кількості, а на масштабності, систематичності й контексті діянь. Напад визначається як частина політики держави або організації, спрямованої на цивільне населення. Використання надто формальної конструкції «два і більше разів» суттєво знижує поріг криміналізації, може знівелювати характер злочинів проти людяності як особливо тяжких, а також створює ризики надмірної або довільної правозастосовної практики.

Пропонується редакція, вказана у тексті Закону України від 20.05.2021, підписаному Головою Верховної Ради України (законопроект 2689 від 27.12.2019): «Примітка. 1. Під нападом на цивільне населення у цій статті слід розуміти вчинення будь-якого з діянь, зазначених у цій статті, проти цивільного населення на виконання або на підтримку політики держави чи організації, спрямованої на вчинення такого нападу».

9

Порівнюючи чинну редакцію статті 31-1 КК України з її редакцією, передбаченою в Законі України від 20.05.2021 (законопроект № 2689 від 27.12.2019), з урахуванням положень статті 28 Римського статуту, можна зробити такі висновки. Редакція 2021 року (законопроект № 2689 від 27.12.2019) є більш деталізованою щодо суб'єктивної сторони відповідальності, ніж чинна: вона глибше розкриває рівні обізнаності особи про злочинні дії підлеглих. Запропоноване в ній розмежування форм вини, вбачається, краще узгоджується з міжнародним стандартом *command responsibility*, закріпленим у статті 28 Римського статуту, і дозволяє точніше виявляти відповідальність керівника за злочини підлеглих.

Водночас чинна редакція, хоч і позбавлена такої деталізації, може вважатися задовільною на поточному етапі. Проте з формуванням національної судової практики її застосування доцільно переглянути — наскільки вона відповідає міжнародному стандарту командної відповідальності і чи не створює ризиків безкарності, які є відсутніми і несумісними з вимогами статті 28 Римського статуту.

10

З одного боку, положення статті 7(2) Європейської конвенції з прав людини, статті 15(2) Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, рішення Конституційного Суду України передбачають можливість притягнення до кримінальної відповідальності за міжнародні злочини, які на момент їх учинення визнавалися такими згідно з міжнародним правом, незалежно від наявності аналогічної норми в національному Кримінальному кодексі. Проте відсутність прямої вказівки на це у КК України створює необґрунтовані складнощі для правозастосування, породжує сумніви і дискусії.

Натомість закріплення відповідної норми в КК України не лише узгоджується з міжнародно-правовими стандартами, а й значно полегшить роботу практиків: слідчих, прокурорів, суддів. Це дозволить їм застосовувати оновлене кримінальне законодавство без правової плутанини, без потреби посилається на аналогію чи складні конструкції з міжнародного права, зберігаючи при цьому принцип законності. Крім того, це гарантує уніфікованість, передбачуваність і легітимність правозастосування, що є особливо актуальним в умовах війни, яка триває ще з 2014 року, у т. ч. гібридної війни, а прогалини кримінального законодавства щодо міжнародного кримінального та гуманітарного права тільки почали усуватись.

Закон України від 20.05.2021 (законопроект № 2689 від 27.12.2019) запроваджував вказану можливість у Прикінцевих та перехідних положеннях, що, на жаль, не було перенесено до Закону України № 4012-IX від 09.10.2024. Проте відповідні положення можуть бути закріплені й іншим способом — у Загальній частині КК України — з метою прямого врегулювання цього режиму дії закону в часі щодо чинних і майбутніх кримінально-правових норм, що передбачають міжнародні злочини.

Аліна Павлюк



1

Як на мене, формат нашого кримінального законодавства не передбачає ситуації, коли якась категорія злочинів може бути визначена окремим законом, що не буде включено до КК України. При цьому на практиці правоохоронні органи та органи правосуддя можуть не сприйняти підхід з окремим законом, що значно ускладнить кримінальні провадження. Треба також враховувати контекст вчинених злочинів, з огляду на який до кваліфікації найтяжчих міжнародних злочинів можуть додаватись і злочини проти основ національної безпеки, що буде вимагати звернення до КК України для кваліфікації. Водночас ми говоримо про зміни в умовах триваючого збройного конфлікту протягом 11 років, масштабу вчинених злочинів і будь-які зміни не будуть мати зворотної сили в часі, тому з приводу триваючих злочинів чи масштабних фактів потрібно буде користуватись різними актами чи версіями визначених злочинів.

2

Судячи з вже сформованої практики на зараз, органам кримінальної юстиції досить важко застосувати бланкетну статтю, яка вимагає детального розуміння міжнародного гуманітарного права, як мінімум для того, щоб застосовувати коректні посилання на статті міжнародних договорів. Досить часто в обвинувальних актах можна побачити, зокрема посилання на статтю 3 спільну для Женевських конвенцій, застосування якої є по суті некоректним. З іншої сторони, бланкетність норми, особливо у таких масштабах вчинених порушень, також відкриває можливість для досить креативного підходу наших органів у правовій кваліфікації та тлумаченні воєнних злочинів.

3

В чинній редакції стаття 438 КК України закріплює вже такий широкий підхід до криміналізації порушень міжнародного гуманітарного права, навіть не зважаючи на зміну назви статті на «воєнні злочини», тому на практиці ряд фактів порушень вже зафіксовані як кримінальні провадження. На мою думку, такий підхід пояснюється низьким рівнем розуміння міжнародного гуманітарного права серед правоохоронних органів та органів правосуддя, складнощами у правовій кваліфікації діянь та окремими пріоритетами органів. Зокрема, зараз ми спостерігаємо за активним просуванням на рівні обговорення включення «невиправданої затримки в репатріації дітей» як окремого складу воєнного злочину саме через значну увагу до фактів депортації дітей. Чи, наприклад, фіксації фактів паспортизації РФ цивільного населення на окупованих територіях. До цього часу кримінальні провадження залишаються єдиним механізмом документування порушень на рівні державних органів. Думаю доречність такої криміналізації має враховувати контекст ситуації збройного конфлікту та не пропонувати необмеженого переліку цих порушень. Згодна з тим, що має бути чітке розмежування з воєнними злочинами. А також враховувати вимоги статті 11 КК України щодо малозначності діяння, щоб порушення відповідало рівню кримінального правопорушення.

4

На мою думку, враховуючи наш контекст та потребу у конкретизації видів порушень, варто виходити за межі статті 8 Римського статуту та дивитись на інші джерела. Як приклад, злочин терору/тероризування цивільного населення прямо не визначено у переліку Римського статуту, але саме порушення є серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права та досліджено у практиці Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії. У контексті ситуації в Україні на цей час вже є висновки міжнародних організацій, що говорять про ознаки вчинення цього злочину, який в принципі у поточній редакції статті 438 КК України може бути кваліфіковано. Та якщо рухатись з підходом імплементації переліку воєнних злочинів виключно за статтею 8 Римського статуту ця кваліфікація залишиться недоступною.

5

Не певна, що запропоновані варіанти відповідей повністю відображають мою позицію, але, мабуть, цей варіант найбільш наближений з кількома «але». Узагальнені формулювання можуть легше сприйматись на практиці, але при цьому вкрай важливо мати чітке розуміння, які види порушень будуть підпадати/охоплюватись під ці терміни. Можливо на рівні коментаря чи навчання для практиків. Бо навіть зараз стаття 438 КК України має термін «жорстоке поводження з цивільним населенням», але підходи практиків дуже відрізняються і не є усталеними. Наприклад, катування може розумітись як вид жорстокого поводження або ж кваліфікуватись як «інші порушення законів та звичаїв війни», бо сприймається як окремий вид порушення. Також важливо використовувати коректну термінологію у цьому випадку, бо навіть поняття, які містяться в міжнародному гуманітарному праві, відрізняються від термінів у загальнокримінальних злочинах, що на практиці можуть пристосовуватись до аналогічного розуміння, чи навіть можуть бути некоректно перекладені в міжнародних договорах українською мовою (наприклад, в українських текстах Женевських конвенцій є «нелюдське поводження» та «нелюдське поводження»).

6

Я вважаю, що стаття 437 КК України у тій версії, яка зберігається, підтримує занадто широкий підхід до розуміння злочину агресії. Вже тривалий час, як в Україні відбувались кримінальні провадження з цією кваліфікацією чи з'являлись новини про нові обвинувачення, продовжується критика цього підходу, що суперечить міжнародному праву. Не дивлячись на рішення Верховного Суду, яке фактично приймалось дуже довго і після тривалих консультацій, хоч і були відкинуті «рядові» військові як суб'єкти злочину, його підхід скоріш легітимізував практику кримінальних проваджень, а не був спрямований на його зміну. Як на мене, текст статті варто максимально наблизити до вимог міжнародного права. Але поки, особливо на рівні МРГ, я не бачу готовності до цього і розуміння проблематики, враховуючи межі для обговорення, які були визначені Офісом Генерального прокурора.

7

Мені здається, що у порівнянні з іншими статтями щодо найтяжчих міжнародних злочинів, стаття 442-1 КК України потребує точкових змін, щоб увідповіднити її до положень міжнародного кримінального права.

8

Мені здається, що у порівнянні з іншими статтями щодо найтяжчих міжнародних злочинів, стаття 442-1 КК України потребує точкових змін, щоб увідповіднити її до положень міжнародного кримінального права.

9

Тут знову, скоріш стаття потребує кардинальніших змін. Особливо в частині термінології та формулювань. Мені здається, важливо також закріпити і інші форми участі у вчиненні найтяжчих міжнародних злочинів, які містить РС. Бо, як на мене, віддання наказу не має бути просто частиною статті 438 КК України, як це є зараз, а має бути чіткий перелік, який матиме значення виключно до правових кваліфікацій за статтями 438, 442, 442-1 КК України. Не певна, чи в Особливій частині КК України, чи у Загальній частині, думаю це треба обговорювати, але ці форми мають бути визначені. Бо на практиці підходи до кваліфікації можуть бути дуже креативними. Зокрема при використанні статей 27-28 КК України, чи навіть випадків кваліфікації за статтею 255 КК України як аналогії joint criminal enterprise.

10

Я скоріш думаю, що такі зміни потрібні, бо вже у будь-якому разі у разі внесення змін до цих статей виникнуть проблеми на практиці. Все ще залишається відкрите питання з кваліфікацією злочинів проти людяності за статтею 442-1 КК України і зворотною дією статті у часі. Чи що робити з триваючими злочинами, які потенційно будуть підпадати під правову кваліфікацію різних версій статей? Тут не вистачає правової визначеності й, можливо, у такому випадку варто отримати рішення Конституційного Суду України, щоб мати чітку правову позицію щодо цього і поставити остаточну крапку у дискусіях. Іншим викликом буде те, як забезпечити якісне врахування положень міжнародного права у такому випадку.

Микола Пашковський



1

Створення «паралельного» кримінального законодавства для злочинів з подвійною протиправністю (міжнародних злочинів) може зафіксувати чи поглибити нерозуміння правозастосувачами та іншими правниками міжнародного кримінального права, ускладнить правозастосування.

2

Напівбланкетний чи бланкетний спосіб — це непряме визнання законодавцем неможливості скласти перелік діянь, що тягнуть індивідуальну кримінальну відповідальність, та визначити ознаки складів відповідних кримінальних правопорушень.

3

Важливим правовим наслідком вчинення особою міжнародного злочину *in stricto sensu* є незастосування до цієї особи функціонального імунітету. Крім того, щодо певної категорії таких злочинів можуть існувати зобов'язання держав з кримінального переслідування осіб, відповідальних за їх вчинення. Проте такі наслідки не слід очікувати у разі вчинення діянь, які не визнаються воєнними злочинами на міжнародному рівні, навіть якщо вони криміналізовані в національному законодавстві та стосуються інших порушень міжнародного гуманітарного права. Тому важливо ці дві категорії кримінальних правопорушень розрізняти.

4

Включення до КК України діянь, які визнаються міжнародним правом воєнними злочинами (серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинення яких тягне індивідуальну кримінальну відповідальність за міжнародним правом) забезпечує найповніше виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань з запобігання безкарності за міжнародні злочини. Римський статут містить неповний перелік воєнних злочинів, оскільки є результатом компромісу/консенсусу держав, які брали участь у відповідних дипломатичних конференціях. При укладанні каталогу воєнних злочинів за статтею 8 Римського статуту держави виходили з міркувань юрисдикції цього Суду, а не національних юрисдикцій.

5

Лаконічний виклад диспозицій статей КК України про воєнні злочини з урахуванням традицій національної законодавчої техніки може мати ряд переваг. Особливо враховуючи, що при конструюванні статті 8 Римського статуту були використані застарілі формулювання міжнародних договорів, у т.ч. кінця XIX - початку XX століття або ж є по суті дублюючі положення. Проте ознаки складів воєнних злочинів не мають виходити за межі воєнних злочинів за міжнародним правом та бути розбіжними настільки, щоб ускладнити міжнародне співробітництво чи викликати сумніви у подоланні імунітетів за міжнародним правом. Тлумачення відповідних норм КК України щодо воєнних злочинів через принцип сумлінного виконання міжнародно-правових зобов'язань та концепцію дружнього до міжнародного права тлумачення норм національного законодавства має здійснюватися з урахуванням норм міжнародного права та відповідної практики міжнародних кримінальних судів і трибуналів щодо тлумачення цих норм.

6

Необхідне максимальне узгодження цієї статті з положеннями статті 8 bis Римського статуту.

7

8

Необхідне максимальне узгодження цієї статті з положеннями статті 7 Римського статуту.

9

10

Станіслав Петренко



1

На моє глибоке переконання, відповідь однозначна, що підстав для регулювання відповідальності за міжнародні злочини окремим законом немає. КК України повною мірою здатен забезпечити кримінальну відповідальність за ці злочини, а окремі положення цілком можуть бути вдосконалені шляхом внесення відповідних змін.

Разом з цим, прийняття окремого закону не тільки не надає жодних конкретних переваг, але й містить як передбачувані, так і приховані ризики розбалансування законодавства, утворення колізій, що в підсумку призведе до унеможливлення кримінального переслідування.

2

Загалом закріплення злочинів у виді каталогу є чіткішим, зрозумілішим та передбачуванішим у правозастосуванні, тому майбутні зміни до КК України безумовно мають призвести до появи такого переліку у національному законодавстві.

Найбільш «авторитетним» каталогом на даний час є стаття 8 Римського статуту, однак і вона не є єдиним вичерпним переліком воєнних злочинів.

Тому, на мою думку, простір для бланкетності має лишатися, оскільки реалії збройного конфлікту вказують на різноманітні форми та способи вчинення воєнних злочинів, тому їх «запечаткування» закритим каталогом може призвести до неможливості кваліфікації окремих діянь як воєнних злочинів та, відповідно, безкарності.

3

Як очевидно це б не звучало, міжнародне право та національне законодавство не є тотожними системами правового регулювання.

У контексті цього питання це передусім означає, що спосіб їх формування та мета можуть бути різними. Міжнародне право є продуктом консенсусу держав, у той час, як національне законодавство покликане підтримувати правопорядок та захищати конкретну державу.

Таким чином, на національному рівні можуть бути криміналізовані як воєнні злочини ті порушення міжнародного гуманітарного права, які не є такими відповідно до міжнародного права.

Разом з цим, ОБОВ'ЯЗКОВОЮ умовою такої криміналізації є високий поріг серйозності порушення. Тобто порушення конкретної норми міжнародного гуманітарного права може визнаватися воєнним злочином виключно за умови, що воно посягає на дійсно важливі цінності та здатне завдати їм істотної шкоди.

Безумовно, невибіркова криміналізація порушень без врахування серйозності є хибним рішенням.

4

Римський статут хоч і є одним з найбільш актуальних та авторитетних джерел міжнародного кримінального права, однак, очевидно, не є абсолютним і непорушним ідеалом. Це означає, що Україні варто орієнтуватися на статтю 8 Римського статуту, однак не обмежуватися нею, враховуючи очевидні недоліки цієї статті, а також наявність серйозних порушень, не охоплених нею.

При цьому, на мою думку, формулювання «всі діяння, які ... визнаються серйозними порушеннями...» є дещо абстрактним, тому підтримую варіант відповіді 2.

5

Як зазначалося раніше, формулювання статті 8 Римського статуту можна, а іноді й потрібно змінювати на рівні національного законодавства.

Разом з цим, це потрібно робити виключно у випадках, як вказано у питанні, де це переслідує «конкретну законотворчу мету».

Наприклад, розподіл жорстокого поводження на катування, нелюдське поводження та заподіяння шкоди здоров'ю може мати сенс, як мінімум з погляду конкретних випадків вчинення злочинів.

При цьому воєнні злочини проти власності у Римському статуті та міжнародному гуманітарному праві загалом сформульовані не надто вдало, і їх буквальне перенесення до національного закону може мати скоріше негативний вплив.

Тому узагальнення формулювань допустиме у випадках, коли це має реальний практичний сенс.

6

Вказана стаття очевидно потребує змін, оскільки для забезпечення якісного та ефективного кримінального переслідування за злочин агресії національний закон має бути краще синхронізований з міжнародним правом. Враховуючи поточний вигляд статті, ці зміни можна описати як кардинальні.

Водночас зміни до статті 437 КК України не мають призвести до декриміналізації діянь, вчинених з 2014 року, а також унеможливити надалі кримінальне переслідування.

7

Наразі актуальна редакція статті 442 КК України змін не потребує.

8

Наразі вказана стаття на практиці не застосовувалась, тому необхідність у змінах носить скоріше теоретичний, ніж практичний характер. Принаймні, мені не відомо про настільки істотні недоліки, що потребують невідкладного усунення.

Крім того, будь-які зміни будуть підкорятися вимогам дії закону у часі, що також має бути враховано.

9

Відповідь аналогічна.

Наразі вказана стаття на практиці не застосовувалась, тому необхідність у змінах носить скоріше теоретичний, ніж практичний характер. Принаймні, мені не відомо про настільки істотні недоліки, що потребують невідкладного усунення.

Крім того, будь-які зміни будуть підкорятися вимогам дії закону у часі, що також має бути враховано.

10

На мою думку, правильна відповідь у варіанті 2, однак чесна та практична відповідь у варіанті 1.

Я переконаний, що кримінальне переслідування за вчинення міжнародних злочинів, наприклад, злочинів проти людяності, не порушує вимоги ні Європейської конвенції з прав людини, ні статті 58 Конституції, оскільки ці діяння є очевидно злочинними та неможливо серйозно стверджувати, що конкретний виконавець не розумів протиправний характер катування, вбивств або інших подібних діянь.

Разом з цим, оскільки правозастосування на національному рівні орієнтоване скоріше на принцип законності, ніж верховенства права, тому для цього потрібні прямі та однозначні застереження щодо дії в часі у прикінцевих чи перехідних положеннях КК України.

Захар Тропін



- 1 Я б точніше сказав: за ідеальних обставин — внесення змін до КК України, з огляду на реалії сьогодення — залежно від обставин, можливі обидва варіанти.
- 2 Вичерпний «каталог» спрощує застосування цієї статті. Водночас певна додаткова бланкетність можлива з огляду на те, що криміналізувати та передбачити всі воєнні злочини в межах одного каталогу доволі складно.
- 3 Міжнародне кримінальне право в цій частині має бути орієнтиром і не повинно бути керівництвом до дії. Іншими словами, не варто сприймати міжнародне кримінальне право як обмеження для криміналізації певних діянь як воєнних злочинів на національному рівні.
- 4 Варто орієнтуватись на статтю 8 Римського статуту, проте вона не повинна бути остаточним дороговказом. В будь-якому випадку стаття 8 Римського статуту не повинна бути обмежувальним фактором.
- 5 Більш узагальнені формулювання можуть використовуватись лише у випадку істотної необхідності, оскільки широка дискреція може призвести до невизначеності при правозастосуванні таких положень судами та правоохоронними органами під час кримінальних проваджень. Водночас варто мати на увазі різницю в правових підходах та традиціях міжнародного кримінального права та кримінального права України — будь-яке таке застосування положень міжнародного кримінального права має здійснюватись з урахуванням особливостей кримінального права України.
- 6 До моменту остаточного розв'язання питання щодо заснування Спеціального трибуналу щодо злочину агресії проти України недоцільно вносити зміни до статті 437 КК України. Згодом такі зміни можуть бути внесені та/або бути необхідними з огляду на комплексність запланованої ревізії КК України в частині міжнародних злочинів.
- 7 Зміни можуть бути внесені та/або бути необхідними з огляду на комплексність запланованої ревізії КК України в частині міжнародних злочинів.
- 8 Зміни можуть бути внесені та/або бути необхідними з огляду на комплексність запланованої ревізії КК України в частині міжнародних злочинів.
- 9 Зміни можуть бути внесені та/або бути необхідними з огляду на комплексність запланованої ревізії КК України в частині міжнародних злочинів.
- 10 Можливість ретроспективної дії кримінального закону вимагає наявності спеціальних нормативних положень. В будь-якому випадку це положення повинно бути перевірено Конституційним Судом України на предмет його конституційності.

Микола Хавронюк



1

Ми не можемо передбачити усі наслідки зруйнування системності кримінального законодавства, яку наразі забезпечує його монізм.

2

На момент створення каталогу він може бути вичерпним. Якщо певне діяння буде упущено, не є великою проблемою доповнити закон. Крім того, на практиці вчинюються лише окремі діяння, включені до каталогу (не більше чверті), інші вчинюються лише іноді, а треті — ніколи. Водночас потенційні суб'єкти відповідальності, виходячи з вимоги передбачуваності закону, мають заздалегідь знати, за які саме діяння вони можуть бути покарані — і це має запобіжний ефект, нехай і невеликий. Відсутність каталогу зменшує ймовірність ознайомлення зазначених суб'єктів з ним. Наявність каталогу важлива і для навчання прокурорів, суддів, підготовки методик розслідування відповідних злочинів, статистичних цілей тощо.

3

Слід враховувати насамперед наявні ресурси кримінальної юстиції. Вони наразі демонструють неможливість реагування навіть на ті порушення міжнародного гуманітарного права, які визнаються воєнними злочинами на міжнародному рівні.

4

Логічно виходити з критерію серйозності порушення, а не з джерела міжнародного гуманітарного права.

5

Національне кримінальне право має наближатися до міжнародного кримінального та гуманітарного права, а не віддалятися від них, обирати універсалізацію, а не абсолютну недоречну для цієї ситуації самобутність. Події останніх років демонструють, що навряд чи жодна країна у разі розв'язання військового конфлікту військовими та дипломатичними засобами може розраховувати лише на саму себе. Яким би не був слабким сьогодні міжнародний правопорядок, все ж на нього вимушені оглядатися навіть найсильніші держави.

6

7

8

9

Діяння командирів (інших начальників) слід визначити як злочини *sui generis* або, як мінімум, змінити назву Розділу VI Загальної частини КК.

10

Такі спеціальні зміни, хоча вони фактично можуть носити форму роз'яснення, потрібні для забезпечення ясності, юридичної визначеності закону. Крім того, новоприйняті положення і теоретично, і практично можуть виходити за межі діянь, які реально були криміналізовані.

Спільне звернення представників Коаліції "Україна. П'ята ранку" та Ініціативи "Трибунал для Путіна"

Ми, представники правозахисних організацій, які тривалий час працюють задля забезпечення відповідальності за міжнародні злочини, вчинені в умовах збройної агресії проти України, вважаємо, що прийняття законопроектів № 11538 та № 11539 не тільки не сприяє майбутнім розслідуванням, але й ставить під сумнів перспективу існуючих справ.

Пропонований у законопроектах підхід регулювати розгляд міжнародних злочинів на національному рівні окремим законом є невиннованим, а самі проекти не врахували позицію суддів, прокурорів та слідчих, а також громадянського суспільства, і в реальності зведуть нанівець чимало ефективних процесів правосуддя.

Ми закликаємо народних депутатів України не підтримувати ухвалення законопроектів № 11538 та № 11539, з таких причин.

1. Проекти підірвуть розслідування найтяжчих злочинів в Україні. Провадження будуть гальмуватися, в них буде більше помилок та процесуальних порушень. Це означає, що вже перевантажена система правосуддя ставатиме ще більш перевантаженою, особливо з огляду на численні провадження, кількість яких зростає кожен день.

У разі ухвалення законопроектів № 11538 та № 11539 слідчим, прокурорам та суддям потрібно буде застосовувати новий окремий закон до фактів, що мали місце після прийняття № 11538 та № 11539, а Кримінальний та Кримінальний процесуальний кодекси (КК/КПК) — до тих, що були раніше. Це два взаємовиключних підходи, які треба вчитись використовувати паралельно за відсутності практики застосування таких рішень. До того ж, виникне проблема розслідування триваючих злочинів, де потрібно буде вишукувати момент, до якого розслідування відбувається за КК/КПК, а де — за новим законом.

Законопроекти містять плутану термінологію, яка подекуди не узгоджується із міжнародним правом, зокрема Римським статутом.

Деталізація міжнародних злочинів без ґрунтового попереднього пропрацювання суті їхніх складів не допомагає краще розуміти суть порушення, а тільки створюють більше простору для вільної інтерпретації в процесі застосування.

Доведеться долати наслідки процесуальних неузгодженостей, які погіршать якість розгляду справ, створять нові ризики на практиці і збільшать вірогідність процесуальних порушень, які потім можуть бути використані стороною захисту для оскарження рішень та поховання справ.

2. Законопроекти № 11538 та №11539 у разі їхнього ухвалення можуть бути визнані неконституційними. Це означає, що введення законів у дію не буде гарантувати, що вони будуть запроваджені у сталу практику правосуддя. Конституція України закріплює принцип верховенства права та визначає, що закони приймаються на основі Конституції України та мають відповідати їй. Його реалізація на практиці вимагає також юридичної визначеності, що зобов'язує до передбачуваності застосування правових норм та недопущення можливостей їх довільного трактування.

Відповідно до загальних засад Кримінального кодексу України, лише він розуміється під законодавством про кримінальну відповідальність, а будь-які прийняті зміни до нього мають включатись після набрання ними законної сили до цього нормативно-правового акту.

Отже, в Україні не передбачена можливість встановлення кримінальної відповідальності чи її деталізація інакше, ніж через внесення змін до діючого Кримінального кодексу України. Прийняття окремого закону, який паралельно з дією Кримінального кодексу України буде визначати засади відправлення правосуддя щодо окремої категорії злочинів, може призвести до порушення юридичної визначеності на практиці, створити виклик для слідчих, прокурорів та суддів в частині застосування норм законодавства.

Про це зазначає і науково-експертний висновок Апарату ВРУ, який, вочевидь, не було враховано під час розгляду законопроекту.

Сумніви у конституційності проекту та відповідності українському законодавству додатково загальмують процес вдосконалення українського законодавства щодо переслідування за міжнародні злочини, вчинені в умовах війни, та переведуть фокус з удосконалення законодавства на боротьбу за виживання самого закону.

Наявні проблеми із законопроектами неможливо вирішити правками між першим та другим читаннями, оскільки вони стосуються самої їхньої суті. Регламент парламенту не дозволяє настільки докорінне перероблення законопроектів між першим та другим читанням. До того ж, автори № 11538 та № 11539 не були й раніше відкриті до обговорення, тож навряд можна розраховувати на погодження радикальних змін, ще й у короткий період, що залишився для внесення правок до другого читання.

Усе це суперечить цілям, які перед собою ставить держава, а також високим очікуванням українського суспільства, більшість якого вважає, що пріоритетом має бути справедливе покарання та вимагають, щоб процеси розпочинались і проводились якнайшвидше. Послаблення національної системи цими законопроектами збільшить сумніви у її спроможності та демотивуватиме постраждалих звертатися до органів правопорядку по допомогу.

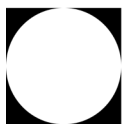
Ми закликаємо народних депутатів України не ухвалювати законопроект № 11538 та пов'язаний з ним № 11539 від 02.09.2024 та відновити ґрунтовні обговорення, щоб знайти оптимальний шлях імплементації положень Римського статуту в українське законодавство.

Видавець: Громадська організація «Центр громадянських свобод»
Заснований у 2007 році для просування цінностей прав людини
Лауреат Нобелівської премії миру 2022 року
Мови видання: українська.
Посилання на сайт: <https://ccl.org.ua>

Експертне опитування «Як завершити гармонізацію кримінального законодавства України з міжнародним кримінальним правом?» / [М. Віщик, К. Задоя, Д. Коваль, Т. Короткий та інші]. К.: Центр громадянських свобод, 2025. 49 с.

Експертне опитування «Як завершити гармонізацію кримінального законодавства України з міжнародним кримінальним правом?» організоване Центром громадянських свобод та презентоване в межах конференції «Правосуддя 2030: сценарії для України» (17-18 липня 2025 року), що відбулася в межах Українського тижня міжнародного кримінального правосуддя, циклу подій, які щорічно організовує Центр громадянських свобод з нагоди Дня міжнародного кримінального правосуддя (<https://justiceweek.ccl.org.ua>).

Це опитування профінансоване Європейським Союзом. Його зміст є виключною відповідальністю Центру громадянських свобод і не обов'язково відображає погляди Європейського Союзу.



center for civil
liberties
центр громадянських
свобод



**Funded by
the European Union**

E-mail: office@ccl.org.ua

Використання опублікованих матеріалів дозволяється за умови обов'язкового посилання на джерело інформації.

