

ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ (СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ), ВЧИНЕНЕ ВІД ІМЕНІ ТА В ІНТЕРЕСАХ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ: ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕАГУВАННЯ

Шевчук А.В.,
*аспірантка Інституту держави і права
імені В.М. Корецького НАН України*

Шевчук А.В. Порухення законів та звичаїв війни (стаття 438 КК України), вчинене від імені та в інтересах російської федерації: проблеми кримінально-правового реагування.

Статтю присвячено з'ясуванню питання про те, чи можуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру до юридичних осіб у разі вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи злочину, передбаченого ст. 438 Кримінального кодексу України. На підставі тлумачення норм, передбаченого п. 4 ч. 1 ст. 96-3 та ч. 2 ст. 96-4 цього Кодексу, виявлено правову колізію, яка полягає у наявності декларативної норми про можливість застосування таких заходів у вказаному випадку (п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК України) та норми, яка таку можливість виключає (ч. 2 ст. 96-4 цього Кодексу). Запропоновано підставу застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб розглядати крізь призму сукупності трьох умов (складових), а саме: 1) вчинення уповноваженою особою кримінальних правопорушень, передбачених в конкретному пункті частини 1 ст. 96-3; 2) вчинення цих кримінальних правопорушень від імені та / або в інтересах юридичної особи (залежно від її формулювання у відповідному пункті); 3) належність юридичних осіб до того виду, що передбачений у ст. 96-4 КК України. Встановлено, що з огляду на правовий статус комбатантів, які залучені державою до збройних конфліктів міжнародного або неміжнародного характеру та беруть участь в бойових діях на боці відповідної воюючої сторони у складі регулярних та іррегулярних військ, є представниками цієї сторони, тобто діють від імені та в інтересах відповідних урядів, держави, яка їх залучила до бойових дій. Такі комбатанти, відповідно, діють від імені та в інтересах не лише держави, а й відповідного державного утворення, в тому числі військового характеру. Водночас у разі вчинення таких протиправних дій уповноваженою особою держави або юридичною особою, яка знаходиться під ефективним контролем держави чи суб'єкта державної власності, вона несе виключно цивільну відповідальність за отриману вигоду та заподіяну шкоду (ч. 2 ст. 96-4 КК України). Запропоновано усунути таку колізію шляхом виключення з п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК України вказівку на ст. 438 цього Кодексу.

Ключові слова: воєнні злочини, порушення законів та звичаїв війни, кримінальне правопорушення, заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, кримінально-правове реагування, вчинення злочину від імені юридичної особи, вчинення злочину в інтересах юридичної особи, комбатанти, правова колізія, вдосконалення кримінального законодавства.

Shevchuk A.V. Violation of laws and customs of war (Article 438 of the Criminal Code of Ukraine), committed on behalf of and in the interests of the Russian Federation: problems of criminal legal response.

The article is devoted to clarifying the question of whether criminal measures can be applied to legal entities in the event of an authorized person committing a crime on behalf of and in the interests of a legal entity under Article 438 of the Criminal Code of Ukraine. Based on the interpretation of the norms provided for by paragraph 4 of part 1 of Article 96-3 and part 2 of Article 96-4 of this Code, a legal conflict has been identified, which consists in the presence of a declarative norm on the possibility of applying such measures in this case (paragraph 4 of part 1 of Article 96-3 of the Criminal Code of Ukraine) and a norm that excludes such a possibility (part 2 of Article 96-4 of this Code). It offers the basis of application of measures of criminal and legal nature in relation to legal entities to consider

through the prism of a set of three conditions (components), namely: 1) commission by an authorized person of criminal offenses provided for in a specific paragraph of part 1 of Art. 96-3; 2) committing these criminal offenses on behalf of and/or in the interests of a legal entity (depending on its wording in the relevant paragraph); 3) belonging of legal entities to the type provided for in Art. 96-4 of the Criminal Code of Ukraine. It is established that, in view of the legal status of combatants who are involved by the State in armed conflicts of an international or non-international nature and take part in hostilities on the side of the relevant belligerent party in the composition of regular and irregular troops, are representatives of this party, that is, they act on behalf of and in the interests of the relevant governments, the State that involved them in hostilities. Such combatants, accordingly, act on behalf of and in the interests not only of the state, but also of the relevant state formation, including military ones. At the same time, in case of committing such unlawful acts by an authorized person of the state or a legal entity under the effective control of the state or a subject of state property, it bears exclusively civil responsibility for the benefit received and the damage caused (part 2 of Article 96-4 of the Criminal Code of Ukraine). It is proposed to eliminate such a conflict by excluding from paragraph 4 of Part 1 of Article 96-3 of the Criminal Code of Ukraine an indication of Article 438 of this Code.

Key words: war crimes, violation of laws and customs of war, criminal offenses, criminal legal measures against legal entities, criminal legal response, committing a crime on behalf of a legal entity, committing a crime in the interests of a legal entity, combatants, legal conflict, improvement of criminal legislation..

Постановка проблеми. Згідно з інформацією з Єдиного державного реєстру судових рішень з 24.02.2022 до 15.01.2024 на розгляд судів першої інстанції надійшло 193 кримінальних провадження за ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни» Кримінального кодексу України (далі – КК), з яких розглянуто було 58 проваджень. В усіх цих випадках судами ухвалювалися обвинувальні вироки, якими військовослужбовці збройних сил російської федерації (далі – зс рф) визнавалися винуватими та засуджувалися за вчинення вказаного воєнного злочину з урахуванням загальних засад призначення покарання, зокрема в межах санкції ст. 438 КК. Згідно з п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК у разі вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи злочину, передбаченого ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни» КК до такої юридичної особи можуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру (далі – ЗКПХ). Водночас згідно з жодним вирокіом, ухваленим судом за цією статтею, вказані заходи щодо юридичних осіб не застосовувалися. Відповідно доктринального вирішення вимагає питання про те, чи можливою є саме така форма кримінально-правового реагування у кримінальних провадженнях про порушення законів та звичаїв війни.

Стан опрацювання проблематики, яка піднімається в цій статті, не належить до популярних серед науковців, а тому вона ще поки не вирішена на доктринальному рівні. Принаймні в комплексних наукових роботах В.П. Базова, В.О. Миронової вказана проблематика не згадується. Відсутнє вирішення чи бодай постановка відповідних питань у наукових працях інших науковців, які досліджували проблему кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни, зокрема в роботах Н.О. Антонюк, А.А. Вознюка, М.В. Мазура, В.О. Навроцького, М.І. Хавронюка. Що стосується застосування ЗКПХ щодо юридичних осіб, то відповідні питання піднімалися в наукових працях О.З. Гладуна, К.П. Задой, З.А. Загинеї-Заболотенко, О.В. Панченко, О.Ф. Пасеки, О.П. Провоторова, В.С. Сотніченка, А.М. Яценка та інших. Водночас в аспекті кримінально-правового реагування на порушення законів та звичаїв війни відповідні питання в роботах цих науковців не досліджувалися.

Метою статті є визначення того, чи може виступати підставою застосування ЗКПХ щодо юридичних осіб порушення військовослужбовцями зс рф законів та звичаїв війни від імені та в інтересах рф.

Виклад основного матеріалу. Як зазначалося вище, згідно з п. 4 ст. 96-3 КК підставою застосування ЗКПХ щодо юридичної особи є вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК. При цьому, якщо виходити з суті цього злочину, до юридичної особи може застосовуватися будь-який ЗКПХ, передбачений КК. Більше того, у зв'язку з вказівкою на ст. 438 КК у ст. 96-9 цього Кодексу, до юридичних осіб може застосовуватися ліквідація, а також конфіскація майна, яка з урахуванням нормативного припису в ст. 96-8 КК може застосовуватися судом разом з ліквідацією юридичної особи.

В.О. Навроцький, який чи не єдиний з науковців на сьогодні підняв питання про відповідальність не лише військовослужбовців зс рф, а й різноманітних державних утворень цієї держави-агресорки. Цей науковець пише про те, що на сьогодні суди зосереджують свою увагу на кримінально-правовій кваліфікації конкретних діянь окремих осіб, а не діянь тих, хто направив цих осіб, яких він називає клеветами, в Україну вчиняти вбивства, згвалтування, розбої, порушувати мирне життя країни, її територіальну цілісність та суверенітет, не враховують, що військовослужбовці є частиною механізму рф як держави-агресора, яка «включає її військове та політичне керівництво, органи, які здійснюють економічне, ідеологічне та інше забезпечення нападу на Україну, осіб, які виконують агресивні задуми та сприяють веденню воєнних дій тощо» [1, с. 200].

Належне кримінально-правове реагування на факти порушень законів та звичаїв війни військовослужбовцями зс рф з урахуванням указаних вище обставин може відбуватися як на підставі моделі кримінальної відповідальності організаторів та учасників злочинної організації, про яку зазначає В.О. Навроцький, так і шляхом реалізації нормативних можливостей застосування ЗКПХ щодо юридичних осіб, які передбачає кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство України. Принаймні на нормативному рівні.

Ураховуючи те, що національне законодавство вибрало шлях закріплення конкретного переліку тих кримінальних правопорушень, за вчинення яких до юридичних осіб можуть застосовуватися ЗКПХ, вказівка у п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК на порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК) на нормативному рівні вказує на те, що за вчинення цього злочину можливо застосувати такі заходи. Водночас, окрім вказівки на ст. 438 КК, п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК містить інші складові цієї підстави: порушення законів та звичаїв війни має вчинятися уповноваженою особою юридичної особи; така уповноважена особа вчиняє злочин від імені та в інтересах юридичної особи. При цьому використання законодавцем єдиного сполучника «та» означає, що слід констатувати сукупність обов'язкових умов протиправної діяльності уповноваженої особи юридичної особи, а саме вчинення відповідного воєнного злочину і від імені, і в інтересах юридичної особи.

Дві складові підстави застосування до юридичних осіб ЗКПХ роз'яснено в примітці ст. 96-3 КК. Так, під уповноваженими особами юридичної особи розуміються службові особи юридичної особи, а також інші особи, які відповідно до закону, установчих документів юридичної особи чи договору мають право діяти від імені юридичної особи (примітка 1) Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 438 КК, визнається вчиненими в інтересах юридичної особи, якщо воно призвело до отримання юридичною особою неправомірної вигоди або створили умови для отримання такої вигоди, або були спрямовані на ухилення від передбаченої законом відповідальності (примітка 2) Окремі науковці дають своє тлумачення вказаних складових. Наприклад, О.В. Панченко вважає, що «під діями уповноваженої особи в інтересах юридичної особи розуміти таку усвідомлену діяльність фізичної особи, внаслідок якої юридична особа отримує або у перспективі може отримати якусь вигоду (користь), переваги майнового чи немайнового характеру, в тому числі уникнути будь-якого виду відповідальності» [2, с. 112]. Ці складові мають універсальний характер, оскільки стосуються будь-якої підстави, визначеної ч. 1 ст. 96-3 КК.

Що стосується такої ознаки, як вчинення уповноваженою особою дій від імені юридичної особи, то науковці зазвичай тлумачать її крізь призму цивільно-правових норм та роз'яснюють, що «право фізичної особи вчинити дії від імені юридичної особи (тобто демонструвати зв'язок між учиненим злочином та юридичною особою, яку вона представляє) може виникати: на підставі установчих документів, де визначено повноваження органу управління юридичної особи чи окремої фізичної особи; на підставі закону, на підстав довіреності» [2, с. 150].

Вказівка у ст. 96-3 КК на всі складові підстави застосування ЗКПХ, визначених національним законодавством, демонструє обов'язкову наявність зв'язку та його встановлення під час застосування таких заходів у провадженні щодо юридичної особи, між юридичною особою та її уповноваженою особою, та відповідає міжнародним стандартам в цій сфері. Як передбачено у висновку ОЕСР для держав Східної Європи та Азії, кримінальна відповідальність юридичних осіб повинна виникати лише за наявності будь-якого зв'язку між злочином та юридичною особою. Метою такої вимоги є запобігання застосуванню покарання юридичних осіб у разі вчинення фізичною особою злочину в своїх власних інтересах, у тому числі у разі порушення інтересів фізичної особи [4].

Отже, п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК передбачає застосування ЗКПХ до юридичних осіб у разі вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК). Чи діють військовослужбовці зс рф, а також інші особи (наприклад, найманці

з інших країн, які залучені рф до участі у збройних формуваннях цієї держави, члени незаконних збройних формувань, створених на тимчасово окупованій території), які загалом належать до комбатантів, які беруть участь в бойових діях проти України? Комбатанти наділені правом безпосередньої участі у воєнних діях, мають «ліцензію на вбивство» та є членами збройних сил сторони, яка воює, незалежно від того, чи регулярними є відповідні війська або не належать до збройних сил, однак беруть безпосередню участь у бойових діях [5, с. 33].

На думку професора Женевського університету Броше де ля Флешера, законними комбатантами повинні визнаватися лише ті особи, які беруть участь у війні за згодою та за наказом свого уряду. Тому, на думку цього дослідника, немає ніякої різниці між регулярними та іррегулярними військами. І оскільки ці особи діють від імені свого уряду, то всі вони повинні визнаватися законними комбатантами [6, р. 322]. З огляду на вказане, комбатанти, беручи участь в бойових діях на боці відповідної воюючої сторони, є представниками цієї сторони, тобто діють від імені відповідних урядів, держави. Що стосується діяльності таких комбатантів, яка б підпадала під критерій вчинення дій в інтересах юридичної особи, то тут слід зазначити таке. Як вказувалося вище, дії вважаються вчиненими в інтересах юридичної особи, якщо воно призвело до отримання юридичною особою неправомірної вигоди або створили умови для отримання такої вигоди, або були спрямовані на ухилення від передбаченої законом відповідальності (примітка 2 ст. 96-3 КК). Тобто таке трактування відповідного поняття є широким та включає в себе вчинення будь-яких дій комбатантом, які ним усвідомлювалися. Адже участь у бойових діях сама по собі вже передбачає, що комбатанти створюють умови для отримання воюючою стороною неправомірної вигоди у виді, наприклад, анексованих територій, національних цінностей, природних багатств іншої сторони збройного конфлікту міжнародного або неміжнародного характеру. Вони беруть участь в отриманні воюючою стороною неправомірної вигоди в результаті проведення бойових дій проти іншої сторони збройного конфлікту. Те, що комбатанти діють від імені держави, на боці якої вони беруть участь у збройному конфлікті міжнародного чи неміжнародного характеру, сумнівів не викликає. Адже саме по собі залучення особи державою до такого конфлікту конкретною державою фактично наділяє таку особу функцією представляти державу, тобто діяти від її імені.

Тобто, доходимо висновку, що комбатанти, які залучаються державою до участі у збройному конфлікті міжнародного або неміжнародного характеру, та які належать до регулярних чи іррегулярних військ, які діють на боці цієї держави, діють як від імені та в інтересах держави, так і її органів, зокрема військового характеру (наприклад, зс рф).

Окрім складових підстав застосування ЗКПХ, передбачених ст. 96-3 КК, вважаємо, що ще одна складова, яка стосується будь-якої відповідної підстави, вміщена у ст. 96-4 цього Кодексу. Зокрема стосовно п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК слід мати на увазі, що ЗКПХ у такому разі можуть бути застосовані судом до суб'єктів приватного та публічного права резидентів та нерезидентів України, включаючи підприємства, установи чи організації, державні органи, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, організації, створені ними у встановленому порядку, фонди, а також міжнародні організації, інші юридичні особи, що створені у відповідності до вимог національного чи міжнародного права (ч. 2 ст. 96-4 КК). Окрім того, абз. 2 ч. 2 ст. 96-4 КК вказує на те, що у разі, якщо держава або суб'єкт державної власності володіє часткою більше 25 відсотків в юридичній особі або юридична особа знаходиться під ефективним контролем держави чи суб'єкта державної власності, то дана юридична особа несе цивільну відповідальність у повному обсязі за неправомірно отриману вигоду та шкоду, заподіяну кримінальним правопорушенням, що вчинене державою, суб'єктами державної власності або державного управління. О.В. Панченко, відзначає, що «оцінка положень, закріплених у ч. 2 ст. 96-4 КК України, дає право зробити узагальнюючий висновок, відповідно до якого за злочини, передбачені п. 3, 4 ч. 1 ст. 96-3 КК, ЗКПХ можуть бути застосовані до всіх юридичних осіб незалежно від їх організаційно-правової форми, національної юрисдикції, окрім держави. У разі вчинення таких протиправних дій уповноваженою особою держави або юридичною особою, яка знаходиться під ефективним контролем держави чи суб'єкта державної власності, вона несе виключно цивільну відповідальність за отриману вигоду та заподіяну шкоду» [2, с. 96].

Тобто ця третя складова підстави застосування ЗКПХ фактично унеможливує фактичну їх реалізацію до комбатантів, які порушують закони та звичаї війни від імені та в інтересах рф (наявність таких складових у разі вчинення цього воєнного злочину, як зазначалося вище, є безумовним). Тому й варто відзначити, що фактично норма про можливість застосування ЗКПХ до

юридичних осіб у разі вчинення уповноваженою особою (комбатантом) від імені та в інтересах юридичної особи (як окремих державних та воєнізованих утворень рф, так і самої держави-агресорки) порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК) має декларативний характер та за жодних умов не можуть застосовуватися у межах провадження щодо юридичної особи, яке, як зазначено в ч. 2 ст. 214 Кримінального процесуального кодексу України, здійснюється одночасно з відповідним кримінальним провадженням, у якому особі повідомлено про підозру.

Аналогічно вирішується це питання і в проекті КК. Так, ч. 2 ст. 3.11.1 передбачає, що кримінально-правові засоби не застосовуються до державних органів, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування та неприбуткових установ і організацій, створених ними у встановленому законом порядку, що не менше ніж на 50% фінансуються за рахунок відповідного державного чи місцевого бюджету, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, а також міжнародних організацій [7]. При цьому розробники проекту КК пішли шляхом відмови від конкретно визначеного переліку кримінальних правопорушень, вчинення яких є підставою застосування кримінально-правових засобів до юридичних осіб (п. 1 ч. 1 ст. 3.11.2). Такий перелік збережено у разі вчинення через неналежний контроль з боку уповноваженої особи юридичної особи, підпорядкованою (підконтрольною) їй особою злочину, визначеного в п. 2 ч. 1 ст. 3.11.2 проекту КК. Серед переліку таких злочинів названо лише один злочин проти міжнародного правопорядку – передбачений ст. 11.5.10 «Насильницьке зникнення» проекту КК [7].

Водночас у чинному КК вважаємо за доцільне вилучити з п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК вказівку на ст. 438 «Порушення законів та звичаїв війни» цього Кодексу з огляду на фактичну неможливість застосування ЗКПХ щодо юридичних осіб та колізійність положень п. 4 ч. 1 ст. 96-3 та ст. 96-4 КК, яка вимагає коригування. Сама ж підстава застосування ЗКПХ, передбачена в п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК у частині можливості їх застосування у разі вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи порушення законів та звичаїв війни має декларативний характер і вказує на нездійсненність кримінально-правового реагування в цій частині. Вказане стосується не лише порушення законів та звичаїв війни, а й всіх кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, вміщених у переліку п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК.

Висновки. Отже, на підставі тлумачення норм, передбаченого п. 4 ч. 1 ст. 96-3 та ч. 2 ст. 96-4 КК, виявлено правову колізію, яка полягає у наявності декларативної норми про можливість застосування таких заходів у вказаному випадку (п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК) та норми, яка таку можливість виключає (ч. 2 ст. 96-4 КК). Запропоновано підставу застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб розглядати крізь призму сукупності трьох умов (складових), а саме: 1) вчинення уповноваженою особою кримінальних правопорушень, передбачених в конкретному пункті ч. 1 ст. 96-3; 2) вчинення цих кримінальних правопорушень від імені та / або в інтересах юридичної особи (залежно від її формулювання у відповідному пункті); 3) належність юридичних осіб до того виду, що передбачений у ст. 96-4 КК.

Зроблено висновок про декларативність і колізійність положень п. 4 ч. 1 ст. 96-3 КК, який допускає можливість застосування ЗКПХ щодо юридичних осіб у разі вчинення її уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи порушення законів та звичаїв війни, оскільки відповідно до ч. 2 ст. 96-4 КК такі заходи не можуть застосовуватися через те, що комбатанти вчиняють воєнні злочини від імені та в інтересах щонайменше державних утворень, у тому числі збройних формувань рф, а щонайбільше – самої держави-агресорки.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Навроцький В.О. Конструкція кримінальної відповідальності рф, її очільників та їх клевретів за напад на Україну. *Українська кримінальна юстиція в умовах війни: мат-ли VIII (XXI) Львів. форуму кримін. юстиції (м. Львів, 9–11 черв. 2022 р.) / упорядник І.Б. Газдай-ка-Василишин.* Львів: ЛьвДУВС, 2022. С. 196–205.
2. Панченко О.В. Кримінальне провадження щодо юридичної особи: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2018. 205 с.
3. Провоторов О.П. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб як інститут кримінального права України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ, 2019. 219 с.

4. Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia. 2015. URL: <http://surl.li/qcyu> (дата звернення 31.01.2024).
5. Dinstein Y. *The Conduct of hostilities under the Law of International Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 274 p. <http://surl.li/pvaxo> (дата звернення 31.01.2024).
6. Brocher de la Fléchère. Les principes naturels du droit de la guerre. *Revue de le Droit International*. Vol. V. 1873. P. 321–351.
7. Проект Кримінального кодексу України (текст станом на 10.01.2024). URL: <http://surl.li/phrax> (дата звернення 31.01.2024).