

## «ЯВНО ЗЛОЧИННИЙ НАКАЗ» У ПЕРЕХІДНОМУ ПРАВОСУДДІ: ФОРМУЛА РАДБРУХА ТА МЕЖІ ПЕРЕДБАЧУВАНOSTI КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ

Оверчук С.В.,

кандидат юридичних наук, доцент кафедри  
спеціальних юридичних дисциплін

Рівненського інституту Київського університету права НАН України

ORCID: 0009-0008-5315-6072

**Оверчук С.В. «Явно злочинний наказ» у перехідному правосудді: формула Радбруха та межі передбачуваності кримінального закону.**

У статті обґрунтовано концептуальний зсув у розумінні інституту виконання наказу через деконструкцію епістемологічного конфлікту між ортодоксальним легалізмом та імперативами субстантивної справедливості. Доведено, що традиційна догматика ст. 41 КК України, зосереджена на суб'єктивному усвідомленні виконавцем злочинності наказу, створює «нормативну пастку», яка в умовах транзитивного правосуддя легітимізує інституціоналізоване насильство. Центральним результатом дослідження є доведення того, що формула Радбруха виступає не лише філософською категорією, а й дієвим методом телеологічної редукції, який дозволяє національним судам констатувати первісну юридичну нікчемність дефектних владних актів, що грубо заперечують основоположні права людини.

На основі аналізу автономного тлумачення статті 7 ЄКПЛ та практики ЄСПЛ у справах щодо подолання наслідків репресивних режимів, встановлено, що межа передбачуваності (*foreseeability*) кримінального закону зміщується з позитивних норм національного права на універсальні імперативи міжнародного кримінального права. Сформульовано висновок, згідно з яким у станах правової невизначеності, породжених збройним конфліктом чи окупацією, жодна особа не може мати правомірних очікувань щодо безкарності за вчинення діянь, які за своєю суттю суперечать загальним принципам права, визнаним цивілізованими націями.

Окремий блок результатів присвячено юридичній антропології військової покори, де обґрунтовано заміну парадигми «солдата-автомата» моделлю «деліберативного судження». Доведено, що «явна злочинність» наказу є об'єктивним критерієм, заснованим на стандарті «цивілізованої свідомості». Встановлено, що обов'язок критичного оцінювання наказу превалює над вимогами субординації, якщо зміст директиви спрямований на заперечення людської гідності.

Практичним висновком статті є обґрунтування необхідності нормативної конвергенції українського законодавства з Римським статутом Міжнародного кримінального суду. Запропоновано перехід до моделі об'єктивної презумпції явної злочинності наказів щодо геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів. Доведено, що імплементація положень, аналогічних статті 2.8.14 Проекту нового КК України, остаточно розв'язує догматичну колізію, ліквідуючи потребу у процесуальному доведенні суб'єктивного усвідомлення незаконності наказу виконавцем, чим гарантується невідворотність покарання за найтяжчі злочини в межах перехідного правосуддя.

**Ключові слова:** явно злочинний наказ, перехідне правосуддя, формула Радбруха, стаття 41 КК України, стаття 7 ЄКПЛ, Римський статут, передбачуваність кримінального закону, телеологічна редукція, цивілізована свідомість, об'єктивна презумпція.

**Overchuk S.V. “Manifestly Unlawful Order” in transitional justice: Radbruch’s Formula and the limits of foreseeability of criminal law.**

The article substantiates a conceptual shift in the understanding of the doctrine of superior orders through the deconstruction of the epistemological conflict between orthodox legalism and the imperatives of substantive justice. It is argued that the traditional dogma of Art. 41 of the Criminal Code of Ukraine, centered on the subordinate’s subjective awareness of the order’s unlawfulness, creates a “normative trap” that, in transitional justice contexts, legitimizes institutionalized violence. A central finding of the study is that Radbruch’s formula serves not only as a philosophical category but also as a functional

method of teleological reduction, enabling domestic courts to establish the *ab initio* legal nullity of defective sovereign acts that flagrantly negate fundamental human rights.

Based on an analysis of the autonomous interpretation of Article 7 of the ECHR and the ECtHR case law concerning the legacies of repressive regimes, it is established that the threshold of foreseeability of criminal law shifts from positive norms of domestic law to the universal imperatives of international criminal law. The study concludes that in states of legal uncertainty resulting from armed conflict or occupation, no individual can have legitimate expectations of impunity for acts that inherently contradict general principles of law recognized by civilized nations.

A distinct set of results is dedicated to the legal anthropology of military obedience, justifying the replacement of the “soldier-automaton” paradigm with a model of “deliberative judgment.” It is demonstrated that the “manifest unlawfulness” of an order is an objectified criterion based on the standard of “civilized consciousness.” The duty of critical assessment of an order is found to prevail over requirements of subordination whenever the content of the directive is aimed at the negation of human dignity.

The practical conclusion of the article substantiates the necessity for normative convergence of Ukrainian legislation with the Rome Statute of the International Criminal Court. A transition to the model of an objective presumption of manifest unlawfulness for orders involving genocide, crimes against humanity, and war crimes is proposed. It is proven that implementing provisions analogous to Article 2.8.14 of the Draft Criminal Code of Ukraine definitively resolves the dogmatic collision by eliminating the need for procedural proof of the perpetrator’s subjective awareness of the order’s illegality, thereby ensuring the inevitability of punishment for the gravest crimes within the framework of transitional justice.

**Key words:** manifestly unlawful order, transitional justice, Radbruch’s formula, Article 41 of the CCU, Article 7 of the ECHR, Rome Statute, foreseeability of criminal law, teleological reduction, civilized consciousness, objective presumption.

**Постановка проблеми.** У сучасній правозастосовній практиці постала фундаментальна епістемологічна колізія між формальним легалізмом, нормативно закріпленим у статті 41 Кримінального кодексу України, та імперативами субстантивної справедливості в умовах подолання наслідків збройного конфлікту. Традиційна догматика інституту виконання наказу, заснована на парадигмі абсолютної субординації та ієрархічного підпорядкування, виявляє інструментальну обмеженість перед викликами системного інституціоналізованого насильства. Обмеження підстав правомірності діяння суто формальною відповідністю процедурним вимогам відомчих директив та суб’єктивним сприйняттям виконавця детермінує глибоку кризу правової визначеності. В умовах тимчасової окупації та функціонування репресивних адміністрацій цей позитивістський підхід перетворюється на нормативне підґрунтя для уникнення відповідальності, створюючи об’єктивні ризики масштабної інституційної безкарності за міжнародні злочини. Подолання означеної суперечності вимагає виходу за межі вузького формально-технічного тлумачення закону та звернення до екстраординарних догматичних інструментів, релевантних викликам перехідного періоду. Серед них особливе місце посідає формула Радбруха, практична реалізація якої передбачає телеологічну редукцію нормативних приписів, спрямовану на деконструкцію ілюзії законності не правових владних актів, що заперечують основоположні права людини, та констатацію їхньої первісної юридичної нікчемності. Разом з тим, з метою синхронізації національного наукового дискурсу з понятійним апаратом міжнародного кримінального права, у межах цього аналізу термін «*явно злочинний наказ*» використовується як доктринальний еквівалент нормативної конструкції «*явно кримінально протиправний наказ*», що вживається у ст. 41 КК України.

**Метою статті** є теоретико-догматичне розроблення механізму переходу від превалюючого суб’єктивного критерію оцінки злочинності наказу до об’єктивної моделі його сприйняття через застосування формули Радбруха та критеріїв передбачуваності ЄСПЛ у контексті завдань перехідного правосуддя.

**Стан опрацювання проблематики.** Теоретико-методологічне підґрунтя дослідження становлять праці, що охоплюють філософський, міжнародно-правовий та догматичний рівні аналізу. Генезу правового позитивізму та концепцію «законного неправу» крізь призму ціннісної ієрархії права досліджували Г. Радбрух (*G. Radbruch*), Р. Алексі (*R. Alexy*), Л. Фуллер (*L. Fuller*). Міжнародно-правові стандарти індивідуальної відповідальності за виконання явно злочинних ди-

ректив та еволюцію принципу *superior orders* ґрунтовно висвітлили у своїх працях А. Кассезе (A. Cassese), П. Гаєта (P. Gaeta), В. Шабас (W. Schabas), Й. Дінштейн (Y. Dinstein). Питання юридичної антропології військової покори та концепт «цивілізованої свідомості» як критерію правомірної поведінки комбатанта стали предметом наукового пошуку М. Осієла (M. Osiel) та З. Борер (Z. Borer). В українському правовому дискурсі проблеми модернізації інституту обставин, що виключають протиправність діяння в умовах екзистенційних загроз державності, аналізували Ю. Баулін (Yu. Baulin), М. Хавронюк (M. Khavroniuk), Р. Мовчан (R. Movchan). Водночас, попри наявність значного масиву напрацювань, питання системної нормативної конвергенції статті 41 КК України з об'єктивними презумпціями Римського статуту в контексті завдань перехідного правосуддя залишається фрагментарним і потребує нагальної концептуалізації.

#### **Виклад основного матеріалу.**

**Епістемологічна деконструкція «законного неправ»: формула Радбруха та межі формальної легальності.** Панування принципу «закон є закон» (*Gesetz ist Gesetz*) у довоєнній європейській континентальній доктрині детермінувало глибинну кризу праворозуміння, яка досягла свого апогею в період існування тоталітарних режимів. Традиційний легалістський позитивізм, зводячи складну природу права до простого факту владного веління, сформував аксіологічну порожнечу, в якій суто формальна легальність стала абсолютним і чи не єдиним критерієм правомірності поведінки. Абсолютизація позитивного права, позбавленого зовнішніх ціннісних орієнтирів, призвела до того, що особа-виконавець була перетворена на своєрідний «автомат», позбавлений моральної автономії та здатності до критичного етичного судження. У цій жорсткій парадигмі солдат чи чиновник розглядався виключно як безвольний гвинтик державного механізму, обов'язок якого полягав у сліпій і беззаперечній покорі, а військова дисципліна абсолютизувалася настільки, що будь-який наказ начальника ап'оріорі вважався законним і таким, що підлягає виконанню [1, с. 1026, 1031–1032]. Таке фундаментальне вихолощення суб'єктності призвело до того, що позитивізм зробив юридичну професію беззахисною перед законами, які мали відверто свавільний і злочинний зміст [2, с. 107].

У межах цієї жорсткої легалістської парадигми доктрина *respondeat superior* була абсолютизована та реконструйована як фундаментальний механізм легітимації державного свавілля. На відміну від сучасних стандартів індивідуалізації кримінальної відповідальності, класичний юридичний позитивізм забезпечував виконавцям системних звірств режим нормативної екскульпації, що ефективно ховався за фасадом ієрархічної підпорядкованості [3, с. 587–588, 600–601]. Тогочасні авторитарні концепції праворозуміння формували непохитну презумпцію легальності будь-якої директиви суверена, свідомо ігноруючи ризики інструменталізації позитивного права та його потенційну трансформацію у «зброю масового знищення» (*weaponization of law*). Таким чином, *respondeat superior* слугувала надійним юридичним щитом, що розмивав межі між правомірним державним примусом і злочинами проти людяності, фактично гарантуючи інституційну безкарність суб'єктам безпосередньої імплементації злочинних наказів [3, с. 39, 121].

Епістемологічна деконструкція цього нормативного колапсу була здійснена німецьким правознавцем Густавом Радбрухом. Його аксіологічна ревізія праворозуміння, артикульована безпосередньо після краху націонал-соціалістичної диктатури, постала як фундаментальна спроба концептуальної конвергенції між правовою визначеністю (*Rechtssicherheit*) та імперативами субстантивної справедливості. Радбрух запровадив доктринальний інструментарій, що базується на двох взаємопов'язаних тезах. Перша з них – «формула нестерпності» (*Unerträglichkeitsformel*) – пропонує чітку ієрархію вирішення конфлікту між стабільністю правопорядку та етичним змістом норми. Відповідно до цієї дедуктивної схеми, позитивне право зберігає безумовний примат навіть у випадках його несправедливості; винятком є лише екстремальні ситуації, коли рівень суперечності між нормою та справедливістю досягає такого ступеня нестерпності, що закон як «хибне право» (*unrichtiges Recht*) повинен поступитися справедливості [2, с. 107; 4, с. 46].

Ще більш радикальним складником цього інтелектуального перевороту є друга теза – «формула заперечення» (*Verleugnungsformel*). Радбрух доводить: існують граничні випадки, коли сама сутнісна природа права свідомо нівелюється зсередини. Там, де до справедливості навіть не намагаються прагнути, де рівність, яка становить онтологічне осердя справедливості, свідомо і цілеспрямовано дезавується у процесі законотворення, такий акт не є просто «хибним» правом [2, с. 107] – він позбавлений правової природи як такої. Надзвичайно несправедливий закон повністю втрачає якість права, перетворюючись на юридичну фікцію – «законне неправо» (*Gesetzliches*

*Unrecht*), імплементація якого є не правозастосуванням, а свідомою співучастю в державному терорі [4, с. 46–47].

Критичний аналіз доктринальних засад фундатора нормативізму Ганса Кельзена (*Hans Kelsen*), який у межах свого «чистого вчення про право» постулював аксіологічну індиферентність юридичної норми, виявляє фундаментальну інструментальну неспроможність такого підходу в умовах тоталітарної деградації правопорядку [5, с. 162, 167–168, 173]. На противагу радикальному легалізму Кельзена, радбрухівська деконструкція «законного неправу» (*Gesetzliches Unrecht*) остаточно спростувала парадигму, згідно з якою формальна легальність директиви апіорі детермінує її обов'язковість. Концептуальним наслідком цієї ревізії є теза про те, що «законне неправу» онтологічно не здатне генерувати обов'язок підкорення. Відтак, імплементація такої норми виконавцем позбавляється ознак правомірності, що докорінно трансформує епістемологічний ландшафт оцінки індивідуальної поведінки в умовах системного зловживання правом.

Подальший розвиток та аналітичне вдосконалення цих природно-правових ідей у сучасній філософії права належить професору Р. Алексі, який методологічно вивірено інтегрував спадщину Радбруха в доктрину юридичної аргументації через концепцію «претензії на правильність» (*claim to correctness*). Р. Алексі обґрунтовує, що будь-який правовий порядок у цілому і кожна окрема юридична норма зокрема імпліцитно, за своєю онтологічною природою, висувають претензію на те, щоб бути правильними. Ця претензія зовсім не є виключно інструментальною чи процедурною; вона обов'язково включає вимогу моральної коректності та матеріальної справедливості [6, с. 28, 34–39]. Відповідно, правовий акт, який свідомо легітимізує масові злочини чи расову дискримінацію, вступає у нездоланну перформативну суперечність: він формально претендує на правильність, але своїм субстантивним змістом її повністю і безповоротно заперечує.

Відтак, правопорядок, який системно заперечує основоположні права людини, неминуче руйнує власну онтологічну основу. Система, що свідомо продукує екстремальну несправедливість, не просто містить юридичну ваду – вона трансформується в апарат інституційного насильства, остаточно втрачаючи природу права як такого. Згідно з концепцією Р. Алексі, крайня несправедливість нівелює саму юридичну чинність: норма, що перетинає «межу нестерпності», стає юридично нікчемною з моменту її ухвалення (*ex tunc*) [6, с. 48, 64]. Відповідно, наказ, виданий на підставі такої неправової норми, позбавлений статусу легітимного правового припису, а його виконання є юридично невинуватим діянням, що зумовлює індивідуальну кримінальну відповідальність виконавця.

Для поглиблення цієї аргументації доцільно звернутися до класичної академічної дискусії між Гербертом Л.А. Гартом (*H. L. A. Hart*) та Лоном Л. Фуллером (*Lon L. Fuller*) щодо правової природи нацистського законодавства та його наслідків для післявоєнної юриспруденції. Якщо Гарт, як представник правового позитивізму, вважав за необхідне заради «аналітичної відвертості» (*candour*) кваліфікувати такі акти як право, що є «надто несправедливим, щоб йому підкорятися» (*too iniquitous to be obeyed*), та пропонував долати їх через механізм ретроактивного законодавства, то Фуллер радикально заперечував таку дихотомію [7, с. 615–621; 8, с. 648–657]. Правознавець аргументовано доводив: правопорядок неможливо редукувати до ієрархії владних імперативів, оскільки він нерозривно пов'язаний з «внутрішньою мораллю права» (*inner morality of law*). Правова система диктатури, яка зберігає лише фасадну легальність, настільки руйнує власне ціннісне осердя, що де-факто припиняє бути правом [8, с. 660]. Радбрухівська традиція, розвинута Фуллером, постулює: правозастосувач не має нормативних підстав визнавати легальність директив, спрямованих на винищення невинних; такі акти характеризуються первісною юридичною нікчемністю [4, с. 49].

Проектуючи ці доктринальні орієнтири у площину перехідного правосуддя, вбачається необхідним звернутися до концепції «войовничого верховенства права» (*militant rule of law*). Як обґрунтовує професор права та філософії Торонтського університету Д. Дайзенгауз (*D. Dyzenhaus*) у своєму дослідженні «порочних» правових систем (*wicked legal systems*), позитивістська доктрина «простого факту» (*plain fact approach*) є концептуально неспроможною та соціально небезпечною. Такий підхід спонукає суддів та державних посадовців до автоматичного застосування тексту закону, апелюючи до формальної авторитетності джерела та ігноруючи очевидні моральні наслідки ухвалених рішень [9, с. 56–58; 10, с. 239]. При цьому верховенство права в перехідний період не може ґрунтуватися на принципах етичного релятивізму чи механічного правозастосування.

В умовах перехідного правосуддя держава зобов'язана не просто механічно відновлювати інститути, а проактивно захищати новостворений правопорядок від рецидивів легалізованого свавілля, притаманних попередньому репресивному чи окупаційному режиму. Це означає, що суди перехідного періоду мають імперативний обов'язок ідентифікувати та декларувати юридичну нікчемність тих норм і наказів, які слугували формальним прикриттям для системних порушень людської гідності [10, с. 322, 328]. Навіть якщо це вимагає свідомого відходу від формального легалізму, такий крок є єдиним морально та юридично виправданим шляхом до відновлення субстантивного верховенства права, несумісного з практиками радикального неправу.

Зазначений підхід створює доктринальне підґрунтя для телеологічної редукції поняття «законний наказ» щодо актів, спрямованих на заперечення засад людяності. Якщо зміст наказу посягає на фундаментальні правові блага, держава має легітимні підстави визнати його юридичною нікчемністю (*non-law*), що первісно не породжувала обов'язку покори. Водночас така констатація не становить порушення принципу неретроактивності (*ex post facto*), оскільки виконавець покладался на розпорядження, яке від початку перебувало поза межами правового поля [10, с. 322; 6, с. 42]. Демократична держава зобов'язана деконструювати ілюзію легальності, яка використовувалася як інструмент уникнення відповідальності за системні порушення основоположних прав.

Таким чином, епістемологічний конфлікт між формальним легалізмом і субстантивною справедливістю свідчить про неспроможність суто позитивістського підходу до оцінки виконання наказів у періоди зламу правових систем. Положення статті 41 КК України, що регламентує виконання наказу як обставину, яка виключає злочинність діяння, не можуть тлумачитися ізольовано від «надпозитивних» стандартів справедливості [11, с. 135–136]. Коли йдеться про екстремальні посягання на людську гідність, концепція «явно злочинного наказу» має інтерпретуватися крізь призму формули Радбруха, що передбачає заперечення правової природи антигуманних директив та виключає можливість уникнення відповідальності за найтяжчі злочини. На сучасному етапі вітчизняна доктрина долає спадщину радянського легалізму, інтегруючи європейський ціннісно-орієнтований підхід, де людина, а не буква наказу, є центром правової системи. Така трансформація зумовлює потребу виходу за межі філософського дискурсу та ретельного аналізу того, як зазначена антиномія легальності та справедливості розв'язується через стандарти передбачуваності у прецедентній практиці Європейського суду з прав людини.

**Автономне тлумачення статті 7 ЄКПЛ: об'єктивізація передбачуваності крізь призму субстантивної справедливості.** Фундаментальний принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege*, закріплений у статті 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ), традиційно імплементується в національні правові системи як класична заборона ретроактивного застосування кримінального закону. Проте сучасна правова доктрина та консолідована практика Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) дають підстави стверджувати, що цей принцип не зводиться до формальної чи процедурної вимоги вузького позитивізму. Як зазначається у прецедентній практиці ЄСПЛ, стаття 7 являє собою засадничу субстантивну гарантію, сутнісним призначенням якої є забезпечення надійного захисту особи від свавільного кримінального переслідування, засудження та покарання з боку державної влади [12, с. 5]. Еталонна парадигма Суду вимагає автономного тлумачення поняття «закон» (*law/droit*). У розумінні Конвенції ця дефініція не обмежується виключно писаними актами національного законодавства, а охоплює широку сукупність джерел, що включає неписане право, прецедентну судову практику, загальні принципи права та норми міжнародного права (як конвенційного, так і звичаєвого) [12, с. 8–9].

Детермінуючою в межах цього аналізу постає доктринальна концепція «якості закону» (*quality of law*), що імпліцитно охоплює вимоги його доступності (*accessibility*) та нормативної передбачуваності (*foreseeability*). Згідно з усталеною практикою ЄСПЛ, склад правопорушення має характеризуватися таким рівнем нормативної прозорості, який дозволяв би індивіду – за умови звернення до фахової юридичної експертизи та врахування векторів судово-прецедентної інтерпретації – релевантно оцінити імовірні наслідки власної активності чи пасивної поведінки [12, с. 13, 15]. Проте в умовах транзитивного правосуддя (*transitional justice*), що супроводжується фундаментальною зміною суспільно-політичних парадигм або подоланням наслідків системного інституціоналізованого насильства, виникає безпрецедентна епістемологічна дилема: чи володів виконавець когнітивною здатністю передбачити злочинний характер власних дій, якщо останні на момент вчинення відповідали формальним приписам репресивного законодавства, державній практиці або прямим військовим директивам, що були ієрархічно легітимовані чинним на той час режимом?

Вирішальне значення для розв'язання цієї комплексної дилеми мала справа «Стрелец, Кесслер і Кренц проти Німеччини». Розглядаючи засудження вищих політичних та військових керівників колишньої Німецької Демократичної Республіки (НДР) за розробку та реалізацію політики стрільби на ураження (*Schießbefehl*) щодо втікачів через Берлінський мур, ЄСПЛ зіткнувся з класичним позитивістським захистом. Заявники послідовно наполягали, що їхні дії були правомірними згідно із законодавством НДР, чинним на момент вчинення діянь, а також усталеною практикою охорони державних кордонів. Відтак, на їхнє переконання, засудження судами об'єднаної Німеччини є прямим порушенням заборони ретроактивного застосування кримінального закону (ECtHR 22 March 2001, Grand Chamber judgment, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, Nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, §§ 49, 74).

Врегулюючи цей конфлікт, Європейський суд дійшов принципового висновку: державна практика, яка нашаровується на писані норми, але при цьому нівелює їхній зміст і грубо порушує фундаментальні права людини, не може формувати легітимне «право» у розумінні статті 7 ЄКПЛ. Страсбурзький суд постановив, що право на життя є найвищою цінністю в ієрархії прав людини та закріплювалося навіть у Конституції НДР. Відтак, практика та таємні накази, спрямовані на захист державного кордону «за будь-яку ціну» шляхом свідомого знищення беззбройних осіб, об'єктивно становлять радикальну державну несправедливість. Керівництво держави не могло посылатися на таку злочинну практику як на підставу передбачуваності та легальності своїх дій, оскільки саме воно сформувало видимість легальності, яка відверто суперечила міжнародним зобов'язанням держави та засадам людськості (ECtHR 22 March 2001, Grand Chamber judgment, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, Nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98, §§ 71–74, 85).

Отже, ЄСПЛ методологічно послідовно вирішив цю колізію, переорієнтувавши критерій передбачуваності з локального (і антиправового) позитивного закону на універсальні стандарти міжнародного права. Якщо державна практика є фундаментально антигуманною, жоден суб'єкт влади не може мати правомірних очікувань щодо її незмінності та власної безкарності після відновлення субстантивного верховенства права. Проте найбільш дискусійним аспектом для кримінально-правової догматики залишається застосування цього стандарту не до вищих посадових осіб, а до безпосередніх виконавців – осіб рядового складу, обмежених вимогами військової присяги та дисципліни.

У справі «К.-Х. В. проти Німеччини», що розвиває наведену правову позицію, ЄСПЛ проаналізував межі індивідуальної відповідальності за виконання наказу молодого прикордонника, який здійснив смертельний постріл у втікача. Європейський суд сформулював сувору, але методологічно необхідну тезу: навіть рядовий солдат не може виправдовувати свої дії «тотальною, сліпою покорою» наказам, які грубо порушують не лише національні конституційні принципи, а й міжнародно визнані права людини (ECtHR 22 March 2001, Grand Chamber judgment, *K.-H.W. v. Germany*, No. 37201/97, §§ 71, 75). Згідно з позицією Суду, критерій «явності» злочинного наказу підлягає об'єктивізації: «розумний солдат» за подібних обставин здатен і зобов'язаний розпізнати очевидну незаконність розпорядження про застосування смертоносної сили проти беззбройної особи. Відтак, засудження за такі дії, попри тиск військової субординації, визнається об'єктивно передбачуваним у контексті вимог статті 7 ЄКПЛ (ECtHR 22 March 2001, Grand Chamber judgment, *K.-H.W. v. Germany*, No. 37201/97, §§ 76, 80, 92–105).

Зазначений стандарт покладає на комбатанта позитивний обов'язок знати засадничі закони та звичаї війни. Зокрема, у справі «Кононов проти Латвії» Велика Палата ЄСПЛ підтвердила правомірність засудження колишнього командира партизанського загону В. Кононова за воєнні злочини, вчинені у 1944 році. Суд наголосив, що міжнародні закони і звичаї війни станом на момент вчинення діянь були достатніми для обґрунтування індивідуальної кримінальної відповідальності особи. Як військовий командир, заявник об'єктивно міг і повинен був передбачити, що жорстоке поводження з цивільним населенням та позасудові страти (навіть за підозрою у колабораціонізмі) є грубим порушенням *jus in bello* і зумовлюють кримінальну відповідальність (ECtHR 17 May 2010, Grand Chamber judgment, *Kononov v. Latvia*, No. 36376/04, §§ 234–239, 244).

Водночас практика ЄСПЛ не допускає необмеженого розширювального тлумачення: Суд встановлює суворі догматичні межі для ретроактивного застосування норм у перехідний період, захищаючи принцип *lex certa*. Правова позиція Страсбурзького суду у справі «Васіляускас проти Литви» свідчить про те, що прагнення держави забезпечити правову відплату за злочини окупаційного минулого не може виправдовувати порушення статті 7 ЄКПЛ через використання аналогії

права на шкоду обвинуваченому. Суд визнав порушенням засудження співробітника радянських органів безпеки за геноцид литовських партизанів, оскільки у 1953 році міжнародне право (зокрема, Конвенція про геноцид 1948 року) не включало «політичні групи» до переліку захищених категорій. Виконавець наказу не міг розумно передбачити, що національний суд через півстоліття ретроактивно розширить обсяг поняття міжнародного злочину (ECtHR 20 October 2015, Grand Chamber judgment, *Vasiliauskas v. Lithuania*, No. 35343/05, §§ 179–186, 187–190). Це рішення підкреслює, що межі передбачуваності кримінального закону визначально детерміновані станом міжнародного права саме на момент вчинення діяння.

Саме тому в умовах перехідного правосуддя, зокрема під час зміни політичних систем або подолання наслідків окупації, парадигма передбачуваності зміщується від суто позитивного закону до універсальних норм міжнародного права. Як обґрунтовує професор Геттінгенського університету К. Амбос (*K. Ambos*), міжнародні закони та звичаї війни є достатньою нормативною базою для обґрунтування індивідуальної кримінальної відповідальності, що нівелює легітимність наказів репресивних режимів [13, с. 88–90]. У таких правових реаліях активується механізм ст. 7 § 2 ЄКПЛ, який дозволяє притягати осіб до відповідальності за діяння, що були злочинними відповідно до «загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями». Підготовчі матеріали (*travaux préparatoires*) до Конвенції свідчать, що це положення не є винятком із правила незворотності, а слугує контекстуальним роз'ясненням: відповідальність за злочини проти міжнародного права завжди була невід'ємною складовою правопорядку, що виключає посилання на формальну легальність антигуманних наказів [12, с. 26].

Цю парадигму підсилює професор В. Шабас, аналізуючи статтю 33 Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Він наголошує, що накази про вчинення геноциду та злочинів проти людяності є явно незаконними *a priori*, тоді як щодо воєнних злочинів їхня очевидна субстантивна протиправність робить їх «самозрозумілими та беззаперечними» (*incontestable*) для будь-якої особи. Радикальна нелюдськість таких діянь робить їх інтуїтивно усвідомлюваними, позбавляючи виконавця легітимного права посилатися на посадову інструкцію чи наказ керівництва [14, с. 511–512]. З огляду на це, демократична держава в перехідний період має належні підстави застосовувати міжнародні стандарти для переслідування винних. Притягнення їх до відповідальності не порушує межі передбачуваності кримінального закону, оскільки антиправова природа таких наказів повністю виключає правомірні очікування щодо безкарності.

Підсумовуючи, слід обґрунтовано стверджувати, що автономне тлумачення статті 7 ЄКПЛ спростовує можливість використання принципу *nullum crimen sine lege* як інструменту легітимізації інституціоналізованої безкарності. Стандарти європейського правосуддя не звільняють особу від відповідальності за виконання явно протиправних наказів, навіть якщо на момент їх вчинення вони базувалися на приписах неправового національного законодавства або усталеній авторитарній практиці. Межа злочинності наказу та передбачуваність кримінального покарання за його виконання визначально детерміновані імперативами міжнародного права та верховенством прав людини. Констатація цього наднаціонального стандарту логічно спрямовує дослідження до аналізу механізму його проєкції на суб'єктивне сприйняття виконавця в особливих умовах збройного конфлікту чи окупації, де вирішального значення набуває здатність свідомості диференціювати межу між легітимною військовою субординацією та актами очевидного неправового свавілля.

**Юридична антропологія військової покори: деліберативне судження та об'єктивний стандарт «цивілізованої свідомості».** Переміщуючи фокус аналізу з макрорівня архітекторів репресивних режимів на мікрорівень свідомості виконавця, виникає потреба у критичному переосмисленні концепції солдата як позбавленого волі «механічного інструмента». Традиційна військова парадигма протягом тривалого часу культивувала догму про те, що дисципліна передбачає безумовне, рефлекторне виконання будь-якої владної директиви. Проте Європейський суд спростував цю модель у справі «К.-Х. В. проти Німеччини». Оцінюючи дії прикордонника НДР, який керувався чинними на той момент інструкціями щодо стрільби на ураження, ЄСПЛ постановив, що жодна державна чи військова система не має права вимагати від військовослужбовця «тотальної, сліпої покори» (*total, blind obedience*), якщо наказ очевидно нівелює основоположні права людини. Суд підкреслив, що право на життя є найвищою цінністю, і навіть рядовий солдат зобов'язаний критично оцінювати розпорядження, що вимагає вбивства беззбройної особи (ECtHR 22 March 2001, Grand Chamber judgment, *K.-H. W. v. Germany*, No. 37201/97, §§ 75–76). Цей

прецедент став методологічним поворотом, який утвердив принцип: військова присяга та дисципліна не скасовують суб'єктивної автономії особи та її обов'язку розрізняти правомірну вимогу та акти радикального неправу.

Ця трансформація підходів до розуміння природи військової субординації отримує детальне обґрунтування у працях професора юридичної антропології М. Осієла. Спростовуючи біхевіористські теорії, які зводять підготовку військовослужбовця до вироблення умовних рефлексів, вчений запроваджує концепцію «деліберативного судження» (*deliberative judgment*) [1, с. 943, 1026]. М. Осієл аргументує, що боєздатність сучасних збройних сил та запобігання масовим звірствам залежать не від механічного виконання розпоряджень, а від здатності особи до ситуативної тактичної та етичної рефлексії в умовах динамічного бойового середовища. На переконання дослідника, правова система має змістити акцент із жорстких дисциплінарних правил на гнучкі стандарти, що спонукають військовослужбовців до критичного оцінювання правомірності отриманих директив та усвідомлення персональної відповідальності за тяжкі порушення законів і звичаїв війни [1, с. 943, 1063–1064].

Імплементация вимоги щодо моральної автономії зумовлює необхідність встановлення верифікованого критерію, за яким виконавець має оцінювати отриманий наказ. У міжнародному кримінальному праві таким догматичним інструментом виступає концепція «явної злочинності» наказу (*manifest illegality*), що безпосередньо корелює з об'єктивним стандартом «цивілізованої свідомості» (*civilized conscience*). Цей стандарт не є теоретичною абстракцією; він являє собою об'єктивізований тест «розумного солдата» (*reasonable soldier*). Згідно з цим тестом, констатація явної незаконності не вимагає від виконавця фахової юридичної підготовки чи детального знання Женевських конвенцій. Як зазначав перший Голова Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії професор А. Кассезе (*A. Cassese*), незаконність такого наказу має бути настільки вираженою та очевидною, що вона «ріже око і обурює серце, якщо тільки око не сліпе, а серце не зіпсоване» [15, с. 230–231].

Сутність стандарту «цивілізованої свідомості» ґрунтується на переконанні, що існують певні категорії діянь – позасудові страти військовополонених, цілеспрямовані вбивства цивільних осіб, катування чи звалтування, – антигуманна природа яких є інтуїтивно очевидною для будь-якої розсудливої особи. Протиправність таких актів не потребує поглибленого юридичного аналізу; вона, згідно з класичною доктриною військових трибуналів, постає над самим наказом як «чорний прапор» (*Black Flag*), що сигналізує про його незаконність [16, с. 227]. Відповідно, суб'єктивна межа «явності» об'єктивується через виняткову тяжкість правопорушення. Солдат, який отримує наказ розстріляти беззбройну групу людей, не може легітимно апелювати до власної необізнаності: стандарт цивілізованої свідомості презюмує, що повага до людського життя є невід'ємною складовою базової антропологічної матриці комбатанта.

Отже, критерій явної злочинності слугує своєрідним нормативним фільтром. Він констатує, що військова дисципліна має свої імперативні межі, які закінчуються там, де починається свідоме заперечення людської природи. Зі сказаного логічно випливає, що аргумент щодо виконання наказу втрачає свою легітимність, коли діяння сягає порогу міжнародного злочину. Проте, як свідчить юридична антропологія, психологічна здатність особи застосувати цей стандарт на практиці безпосередньо обумовлена контекстуальними чинниками, у яких вона перебуває в момент отримання та реалізації злочинного розпорядження.

Комплексна оцінка зазначених чинників поглиблюється через імплементацию мікроекономічної моделі «принципал-агент» (*Principal-Agent Analysis*), адаптованої до парадигми міжнародного кримінального права Зівом Борером. Дослідник піддає критиці редукціоністський підхід міжнародних трибуналів, що ґрунтується на політиці «єдиної норми для всіх» (*one-rule-fits-all policy*) [17, с. 5–7]. За логікою Борера, структура відносин між командиром (принципалом) та підлеглим (агентом) має виражений динамічний характер, оскільки параметри контролю та обсяг асиметрії інформації суттєво варіюються залежно від операційної обстановки. На цій основі він пропонує диференціацію ситуацій за критерієм інтенсивності бойової динаміки. Зокрема, умови активних бойових дій (*heat of combat*) характеризуються станом «туману війни» (*fog of war*), критичним дефіцитом часу та обмеженою спроможністю об'єктивно верифікувати тактичну ситуацію. У таких обставинах виконавець вимушено покладається на епістемологічний авторитет командира, що зумовлює підвищення порогу «явності» злочинного характеру наказу та вимагає розширення меж нормативного захисту суб'єкта виконання [17, с. 34–45].

Натомість принципово інша правова ситуація виникає в умовах системних репресій, етнічних чисток чи функціонування концентраційних таборів. У таких обставинах чинник бойового стресу об'єктивно відсутній, а виконавець має достатній часовий ресурс для усвідомлення того, що наказ є складником спланованої державної політики знищення. У цьому системному контексті апелювання до ієрархічної підпорядкованості втрачає юридичну спроможність, що зумовлює безумовну персональну відповідальність особи за співучасть у злочинах проти міжнародного права [17, с. 68–71; 3, с. 39, 121].

Водночас аналіз антропології виконання наказу потребує доповнення через врахування чинника інтенсивного психологічного тиску та примусу (*duress*). Судово-слідча практика свідчить, що явно злочинні розпорядження нерідко супроводжуються погрозами заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень самому виконавцю у разі непокори. Цей аспект актуалізує проблему правового конкурсу між інститутом виконання наказу та станом крайньої необхідності. Як наголошує професор Й. Дінштейн, ці дві концепції слід чітко диференціювати: наказ як такий, навіть підкріплений авторитарною військовою ієрархією, не створює стану примусу, проте може виступати його фактичним підґрунтям [18, с. xxv, 82, 87–88]. Явно злочинний наказ втрачає самостійне виправдувальне значення, проте реальна загроза життю виконавця змушує правову систему розв'язувати комплексну дилему: чи містить правопорядок імперативну вимогу до самопожертви особи ціною власного життя?

Визначальним прецедентом у розв'язанні цієї фундаментальної дилеми стала справа «Ердемовіч» (*Erdemović*) у практиці Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (ICTY). Дражен Ердемовіч, рядовий військовослужбовець, брав участь у масових стратах понад тисячі беззбройних мусульман у Сребрениці під загрозою негайного вбивства з боку власного командира, який заявив: «Якщо тобі їх шкода, ставай у стрій з ними, і ми вб'ємо і тебе». Попри складність ситуації, Апеляційна палата сформулювала принциповий етико-правовий висновок: стан примусу та загроза власному життю не можуть слугувати повною підставою для звільнення від відповідальності (*complete defence*) за вбивство невинних осіб. Згідно з принципом ціннісної еквівалентності, життя виконавця не має вищої ваги порівняно з життям багатьох жертв [19, § 19; 20, § 34]. У ситуаціях масових звірств, коли наказ є явно злочинним, примус не скасовує винуватість особи за позбавлення життя, а може розглядатися виключно як обставина, що пом'якшує покарання (*mitigating circumstance*). Правопорядок, визнаючи межі людської стійкості, водночас встановлює заборону на збереження власного життя за рахунок життів беззахисних людей.

Результати проведеного аналізу дають підстави стверджувати, що критерій «явної злочинності» наказу виходить за межі вузькоспеціалізованої кримінально-правової догматики, стаючи фундаментальною точкою перетину позитивного права та індивідуальної етики. Стандарт «цивілізованої свідомості» визначально позбавляє виконавця можливості використовувати формальну легальність державної влади як інструмент уникнення відповідальності, утверджуючи пріоритет моральної автономії особи над протиправними владними директивами. Контекстуальний аналіз доводить, що апелювання до наказу стає юридичною ілюзією у випадках, коли виконавець об'єктивно мав змогу ідентифікувати акти радикального неправу. Саме цей антропологічний підхід формує базис для сучасного перехідного правосуддя, закріплюючи засадничу тезу: військовий обов'язок та дисциплінарна субординація за жодних обставин не можуть превалювати над імперативом захисту людської гідності.

**Нормативна конвергенція та телеологічна редукція: презумпція «явної злочинності» наказу в транзитивній юриспруденції.** Чинна нормативна конструкція статті 41 КК України, яка регламентує виконання наказу або розпорядження як обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, базується на класичних засадах юридичного позитивізму. Як зазначає професор Ю. Баулін, догматичною підставою для визнання правомірності такого діяння в межах традиційної моделі є суворе виконання особою свого юридичного обов'язку в ієрархічній структурі апарату державної влади, де підлеглий реалізує волю уповноваженого керівника [11, с. 132; 21, с. 112–118]. Однак в умовах збройного конфлікту ця формалізована конструкція постає перед догматичними викликами, оскільки стрижневим критерієм для притягнення підлеглого до відповідальності залишається виключно суб'єктивний чинник – усвідомлення ним злочинного характеру розпорядження. Вимога закону щодо обов'язкового встановлення факту неусвідомлення виконавцем злочинності наказу формує методологічну дилему для вітчизняного правосуддя, оскільки вона зміщує фокус із об'єктивної протиправності на психологічний стан особи. Подолання цієї суперечності вима-

гає звернення до природи міжнародного кримінального права. Як наголошують професори Г. Верле (*G. Werle*) та Ф. Єсбергер (*F. Jeßberger*), «адресатом міжнародного кримінального права є особа, а не держава; воно втілює нову якість права, яке більше не обмежується суто міждержавними відносинами, а безпосередньо інтегрується у внутрішню сферу держави» [22, с. 63].

Згідно з позицією професора М. Хавронюка, використання такого оціночного суб'єктивного критерію фактично покладає значний тягар доказування на сторону обвинувачення, вимагаючи від прокурора процесуально доводити складний інтелектуально-вольовий стан у свідомості виконавця безпосередньо на момент вчинення діяння [21, с. 385–386, 390–391]. Ця проблема стає ще більш актуальною в умовах окупації. Як зазначає професор В. Шабас, «окупована територія – це зона, де два правові режими збройного конфлікту суттєво різняться» [23, с. 97]. Саме в цих гібридних умовах формально легітимізовані розпорядження окупаційної влади або військового командування супроводжуються інтенсивним ідеологічним тиском та формують у підлеглого видимість правомірності. У таких перехідних ситуаціях орієнтація правозастосовної практики виключно на внутрішній психічний стан виконавця обмежує можливість належної оцінки антигуманних дій, перетворюючи вимогу доведення суб'єктивної сторони злочину на процесуальний інструмент уникнення відповідальності за найтяжчі посягання.

Надійним догматичним інструментом об'єктивізації критеріїв злочинності наказу в сучасній юриспруденції слугує стаття 33 Римського статуту Міжнародного кримінального суду. У доктрині міжнародного кримінального права тривалий час тривали дискусії щодо правової природи цієї норми. На переконання професорки П. Гаети (*P. Gaeta*), вказану норму не слід розглядати виключно як результат політико-дипломатичного компромісу між прихильниками доктрини абсолютної відповідальності та представниками традиційного військового підпорядкування, попри її певне відхилення від норм звичаєвого міжнародного права [24, с. 172–173, 190–191]. Цей підхід еволюціонував із Принципу IV Нюрнберзького трибуналу, який імперативно встановив: «Той факт, що особа діяла за наказом свого уряду або начальника, не звільняє її від відповідальності згідно з міжнародним правом, за умови, що моральний вибір був для неї фактично можливим» [25, с. 374].

Відтак, ґрунтовний системний аналіз засвідчує, що стаття 33 функціонує як чіткий правозастосовний фільтр, який шляхом запровадження кумулятивного трискладового тесту суттєво звужує процесуальну можливість апелювання до стану ієрархічної підпорядкованості при вчиненні порушень міжнародного гуманітарного права. Унікальність цього інституту підкреслює професорка Е. ван Слідрегт (*E. van Sliedregt*), зазначаючи, що «єдиними справді міжнародними теоріями кримінальної відповідальності, тобто такими, що не мають національного походження, є відповідальність командира та захист через виконання наказу начальника» [26, с. vii].

Важливим елементом для процесу нормативної конвергенції є закріплення в Римському статуті імперативної догматичної конструкції щодо наказів про вчинення геноциду та злочинів проти людяності. Професор В. Шабас обґрунтовує, що запровадження неспростовної презумпції «явної незаконності» (*manifestly unlawful*) щодо таких діянь докорінно змінює архітектуру кримінальної відповідальності та підходить до *mens rea* [14, с. 511–512, 517–518]. Цей стандарт визначально зміщує акцент із внутрішнього психологічного стану виконавця, його суб'єктивної необізнаності чи гіпертрофованого почуття субординації на об'єктивну, субстантивну природу самого діяння. Винятковість та системна антигуманність цих міжнародних злочинів об'єктивують їхню протиправність настільки, що будь-які посилання на відсутність суб'єктивного усвідомлення злочинності наказу втрачають правову релевантність.

Відтак, запровадження об'єктивної презумпції явної злочинності трансформує механізм притягнення до відповідальності, формуючи референтний правовий стандарт, на який має орієнтуватися національне право для забезпечення принципу невідворотності покарання. Нормативна конвергенція вітчизняного кримінального закону з цим міжнародним фільтром стає догматичним імперативом для підвищення ефективності кримінальної юстиції в умовах подолання наслідків збройного конфлікту. Потреба у такій конвергенції зумовлена структурною обмеженістю чинних норм. Як зауважує дослідник міжнародного кримінального права О. Куц (*O. Kuc*), «що стосується воєнних злочинів, то стаття 438 КК є радше кримінальною бланкетною нормою, яка карає за «будь-яке інше порушення законів та звичаїв війни», передбачених міжнародними договорами, ратифікованими Україною» [27, с. 238].

Важливою спробою нормативного закріплення зазначеної презумпції на національному рівні є положення статті 2.8.14 Проекту нового КК України [28]. Робоча група з питань розвитку кримі-

нального права здійснила комплексний перегляд інституту обставин, що виключають протиправність діяння, привівши його у відповідність до стандартів міжнародного кримінального права. Згідно з текстом Проекту, наказ або розпорядження вчинити геноцид, злочин проти людяності чи воєнний злочин імперативно визнаються «явно злочинними» [21, с. 114, 391]. Таке формулювання впроваджує в нормативне поле презумпцію, яка автоматично виключає потребу в окремому встановленні суб'єктивного усвідомлення виконавцем незаконності директиви у випадках вчинення найтяжчих посягань на міжнародний правопорядок.

Разом із тим необхідно критично оцінити, чи дозволяє ця нормативна новела остаточно розв'язати фундаментальний конфлікт між легалізмом і справедливістю, про який йшлося вище. Пряма дефініція «явної злочинності» через вказівку на конкретні категорії міжнародних злочинів звужує межі суддівського розсуду та мінімізує ризики формально-позитивістського виправдання протиправних діянь [21, с. 391]. Проте сама по собі така законодавча конструкція не здатна автоматично вирішити складні проблеми правової кваліфікації в умовах динамічної бойової обстановки. Об'єктивізація явної злочинності шляхом відсилання до складних категорій міжнародних злочинів (зокрема, воєнних злочинів) вимагатиме від правозастосувача ґрунтовного розуміння елементів та контекстуальних обставин цих діянь. Тому, попри те, що стаття 2.8.14 Проекту КК формує належний догматичний базис, успішне подолання існуючого розриву потребуватиме еволюції правосвідомості суб'єктів кримінальної юстиції, які повинні бути здатними застосовувати ці імперативні норми, виключаючи будь-яке ігнорування об'єктивної природи злочину.

Водночас, зважаючи на об'єктивну тривалість процесу ухвалення та імплементації нового кримінального закону, перед національною судовою системою постає пріоритетне завдання забезпечувати ефективне судочинство в межах чинної редакції Кримінального кодексу. Обґрунтованою є теза про те, що українські суди володіють необхідним догматичним інструментарієм для застосування «надпозитивних» фільтрів, зокрема інтеграції формули Радбруха, не чекаючи формальних законодавчих змін. Як зазначає основоположниця теорії перехідного правосуддя професорка Р. Тейтель (*R. Teitel*), досліджуючи роль права у перехідні періоди, правова система має виступати активним інструментом трансформації, що не лише фіксує зміну політичного режиму, а й нормативно відмежовує оновлене суспільство від епохи системного насильства, утверджуючи верховенство права [29, с. 5–6].

Спираючись на викладені ідеї, термін «законний наказ», що міститься в диспозиції статті 41 КК України, не припускає вузькоформального чи суто позитивістського тлумачення. Методологічно обґрунтованим вбачається звернення до телеологічної редукції: суб'єкт правозастосування має інтерпретувати цей термін як такий, що імпліцитно виключає будь-які владні розпорядження, спрямовані на заперечення засад людяності та руйнування фундаментальних прав людини. Якщо наказ об'єктивно вимагає вчинення воєнних злочинів або актів геноциду, він *ab initio* втрачає ознаки правового акта, перетворюючись на юридичну нікчемність. Таке телеологічне тлумачення дозволяє ефективно об'єктивувати критерій «явної злочинності» в актуальній судовій практиці, компенсуючи концептуальну обмеженість чинної суб'єктивної моделі та забезпечуючи неухильне дотримання імперативів субстантивної справедливості.

На основі проведеного аналізу слід констатувати, що подолання феномену «законного неправ» в умовах перехідного правосуддя потребує відмови від формального легалізму на користь об'єктивізації критеріїв злочинності наказу. Розв'язання цієї догматичної колізії лежить у площині синтезу філософсько-правового підходу (формула Радбруха), конвенційних стандартів передбачуваності (практика ЄСПЛ) та закріплення чітких національних презумпцій. Імплементація догматичного інструментарію, тотожного нормативним положенням статті 2.8.14 Проекту КК України, усуває бар'єри для притягнення до відповідальності за виконання антигуманних директив, оскільки зміщує фокус із суб'єктивного стану виконавця на об'єктивну природу діяння. Така нормативна конвергенція гарантує безумовний пріоритет субстантивної справедливості, унеможливаючи використання ієрархічної підпорядкованості як інструменту легітимації найтяжчих міжнародних злочинів.

**Висновки.** Аналіз сучасної парадигми праворозуміння свідчить про вичерпаність потенціалу легалістського формалізму в умовах подолання наслідків системних збройних конфліктів. Формула Радбруха в межах цього дослідження розглядається не як абстрактна теоретична конструкція, а як догматичний інструмент деконструкції «законного неправ», що дозволяє правовій системі пріоритетувати принципи субстантивної справедливості над формальною легальністю дефектних

нормативних приписів. Застосування цього підходу в перехідні періоди забезпечує етико-правовий фільтр, який позбавляє виконавців злочинних директив нелегітимного інституційного захисту, що базується на формальному розумінні позитивного закону.

Синтез практики Європейського суду з прав людини, зокрема аналіз справ *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*, *K.-H.W. v. Germany* та *Kononov v. Latvia*, підтверджує перехід до автономного тлумачення статті 7 ЄКПЛ. В умовах перехідного правосуддя межа передбачуваності кримінального закону зміщується з локальних нормативних актів репресивних режимів на універсальні імперативи міжнародного права. Це підтверджує тезу про те, що жодна особа не може мати правомірних очікувань щодо безкарності за вчинення діянь, які визнані злочинними відповідно до загальних принципів права, визнаних цивілізованими націями.

Антропологічне дослідження процесу виконання наказу доводить необхідність відмови від моделі «солдата-механічного інструмента» на користь концепції «деліберативного судження». Встановлено, що «явна злочинність» наказу є об'єктивізованим критерієм, заснованим на стандарті «цивілізованої свідомості». У випадках, коли зміст розпорядження очевидно нівелює основоположні права людини, моральна автономія особи та обов'язок критичного оцінювання наказу превалюють над вимогами військової дисципліни та службової субординації.

Вирішення виявленої колізії в національній правовій системі потребує реформування статті 41 КК України через заміну суб'єктивного критерію «усвідомлення» моделлю об'єктивної презумпції. Запровадження нормативної конструкції, тотожної статті 2.8.14 Проекту нового Кримінального кодексу, де накази про вчинення міжнародних злочинів прямо визначаються як явно злочинні, дозволяє усунути догматичні перешкоди для притягнення до відповідальності. Така конвергенція національного права з міжнародними стандартами є необхідною передумовою для функціонування ефективного механізму перехідного правосуддя та утвердження верховенства права.

Перспективи подальших досліджень концентруються на доктринальній верифікації механізмів імплементації презумпції явної злочинності наказу в національну судову практику, зокрема в контексті правового режиму деокупованих територій. Пріоритетним напрямом залишається завершення нормативної конвергенції вітчизняного кримінального законодавства зі стандартами Римського статуту та подолання кваліфікаційних колізій між виконанням владної директиви і ситуаціями інтенсивного системного примусу.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Osiel M.J. Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War. *California Law Review*. 1998. Vol. 86. № 5. P. 939–1129. DOI: <https://doi.org/10.2307/3481100>.
2. Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *Süddeutsche Juristen-Zeitung*. 1946. Vol. 1. № 5. P. 105–108. URL: <https://www.jstor.org/stable/20800812> (дата звернення: 01.04.2026).
3. Bassiouni M. C. Crimes Against Humanity in International Criminal Law. 2nd rev. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. 652 p.
4. Bix B.H. Radbruch's Formula and Conceptual Analysis. *The American Journal of Jurisprudence*. 2011. Vol. 56. № 1. P. 45–57. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajj/56.1.45>.
5. Haldemann F. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: A Debate on Nazi Law. *Ratio Juris*. 2005. Vol. 18. № 2. P. 162–178. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2005.00293.x>.
6. Alexy R. The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism. Oxford: Clarendon Press, 2002. 160 p.
7. Hart H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. 1958. Vol. 71. № 4. P. 593–629. DOI: <https://doi.org/10.2307/1338225>.
8. Fuller L.L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*. 1958. Vol. 71. № 4. P. 630–672. DOI: <https://doi.org/10.2307/1338226>.
9. Dyzenhaus D. Hard Cases in Wicked Legal Systems: South African Law in the Perspective of Legal Philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1991. 289 p.
10. Dyzenhaus D. Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. 448 p.
11. Баулін Ю.В. Обставини, що виключають злочинність діяння. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2014. № 1(2). С. 132–148. URL: [http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis\\_nbuv/cgiirbis\\_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE\\_FILE\\_DOWNLOAD=1&Image\\_file\\_name=PDF/vakpu\\_2014\\_1\\_11.pdf](http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vakpu_2014_1_11.pdf) (дата звернення: 01.04.2026).

12. Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty / European Court of Human Rights. Strasbourg: Council of Europe, 2025. 43 p. URL: [https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide\\_art\\_7\\_eng](https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_7_eng) (дата звернення: 01.04.2026).
13. Ambos K. Treatise on International Criminal Law. Vol. I: Foundations and General Part. Oxford: Oxford University Press, 2013. 448 p.
14. Schabas W.A. The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute. Oxford: Oxford University Press, 2010. 1259 p.
15. Cassese's International Criminal Law / A. Cassese et al. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. 440 p.
16. Lippman M.R. Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense. *Penn State International Law Review*. 2001. Vol. 20. № 1. P. 153–251. URL: <https://insight.dickinsonlaw.psu.edu/psilr/vol20/iss1/14/> (дата звернення: 01.04.2026).
17. Bohrer Z. The Superior Orders Defense: A Principal-Agent Analysis. *Georgia Journal of International and Comparative Law*. 2012. Vol. 41. № 1. P. 1–74. URL: <https://digitalcommons.law.uga.edu/gjicl/vol41/iss1/2/> (дата звернення: 01.04.2026).
18. Dinstein Y. The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law. Repr. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 278 p.
19. *Prosecutor v. Dražen Erdemović*. Case № IT-96-22-A, Judgement. The Hague: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, 1997. 7 October. URL: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf> (дата звернення: 01.04.2026).
20. McDonald G.K., Vohrah L.C. Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah. *Prosecutor v. Dražen Erdemović*. Case № IT-96-22-A, Judgement. The Hague International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Appeals Chamber, 1997. 7 October. URL: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf> (дата звернення: 01.04.2026).
21. Проект нового Кримінального кодексу України: передумови розробки, концептуальні засади, основні положення: монографія / П. П. Андрушко та ін.; за заг. ред. Ю.В. Бауліна, М. Хавронюка. Київ: Компанія ВАІТЕ, 2024. 496 с.
22. Werle G., Jeßberger F. Principles of International Criminal Law. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 2020. 760 p.
23. Schabas W.A. Relationships Between International Criminal Law and International Human Rights Law. *International Criminal Law* / ed. by W. A. Schabas. London: Routledge, 2015. P. 97–110.
24. Gaeta P. The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law. *European Journal of International Law*. 1999. Vol. 10. № 1. P. 172–191. DOI: <https://doi.org/10.1093/ejil/10.1.172>.
25. Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. *Yearbook of the International Law Commission, 1950*. Vol. II. New York: United Nations, 1950. P. 374–378. URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_1\\_1950.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf) (дата звернення: 01.04.2026).
26. Sliedregt E. van. Individual Criminal Responsibility in International Law. Oxford: Oxford University Press, 2012. 360 p. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199560363.001.0001>.
27. Kuc O. Prosecuting International Crimes in Ukraine. The Role of Ukrainian Domestic Courts. *The Supreme National Tribunal and International Criminal Law: Polish Perspectives on Prosecuting War Criminals* / ed. by K. Szwedo. London: Routledge, 2023. P. 238–250.
28. Проект Кримінального кодексу України (станом на 22.02.2026 р.). *Новий Кримінальний Кодекс: вебсайт*. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2026/02/24/kriminalnyj-kodeks-22-02-2026-ukr.pdf> (дата звернення: 01.04.2026).
29. Teitel R.G. Transitional Justice. Oxford: Oxford University Press, 2000. 304 p.

Дата першого надходження рукопису до видання: 01.04.2026  
Дата прийняття до друку рукопису після рецензування: 23.04.2026  
Дата публікації: 10.05.2026