

Збірник тез круглого столу

Військові кримінальні правопорушення та особливості їх розслідування

Київ, 26 січня 2024 року

Кафедра кримінального та кримінального процесуального права

Організаційний комітет:

Галаган В. І. – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри кримінального та кримінального процесуального права Національного університету «Києво-Могилянська академія»;

Хавронюк М. І. – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри, заслужений юрист України;

Бойко А. М. – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри;

Горох О. П. – доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри;

Удовенко Ж. В. – доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри;

Багіров С. Р. – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри;

Шкелебей В. А. – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри;

Петраковський В. В. – старший викладач кафедри.

Тези друкуються в авторській редакції

Військові кримінальні правопорушення та особливості їх розслідування : матеріали круглого столу, проведеного в межах Днів науки на факультеті правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» (26 січня 2024 року). Київ : НаУКМА, 2024. 141 с.

У збірнику матеріалів круглого столу фахівцями у сфері кримінального та кримінального процесуального права розглянуті теоретичні та практичні проблеми кваліфікації військових кримінальних правопорушень, їх відмінності від адміністративних правопорушень, актуальні питання звільнення від кримінальної відповідальності, зокрема у зв'язку з проведенням мобілізації в Україні. Звернено увагу на процесуальні й криміналістичні аспекти цієї проблематики. Висловлено низку пропозицій щодо внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України. Проведений науковий захід та зміст оприлюднених тез свідчать про зацікавленість фахівців у глибокому теоретичному вивченні обговорених питань, що будуть корисними для науковців, практичних працівників, студентів вищих навчальних закладів.

Адреса редакційної колегії:

Національний університет «Києво-Могилянська академія»,
вул. Григорія Сковороди, 2, Київ, 04655, Україна

© НаУКМА, 2023

ЗМІСТ

Басиста І. В. Викрадення українських дітей як різновид геноцидної політики росії (продовження огляду)	6–22
Галаган В. І. Зупинення кримінального провадження під час дії воєнного стану в Україні	23–25
Горох О. П. Про звільнення від покарання у зв’язку з участю особи в захисті України в особливий період	26–30
Канфуї І. В. Вплив теоретичних положень та практики застосування особливого режиму досудового розслідування в умовах воєнного стану на подальше реформування кримінального процесу в Україні	31–33
Кришевич О. В. Проблеми кваліфікації кримінального правопорушення «мародерство»	34–43
Кулик М. Й., Симчук А. С. Гарантії дотримання прав особи під час проведення освідчування	44–48
Лук’янчиков Є. Д., Лук’янчиков Б. Є., Микитенко О. Б. Використання прийомів психологічного впливу під час розслідування в умовах воєнного стану	49–56
Омельчук Л. В. До питання використання спеціальних знань під час розслідування кримінальних правопорушень проти порядку збереження та користування військовим майном	57–59
Попович В. П. Деякі проблеми притягнення до кримінальної відповідальності поліцейських поліції особливого призначення Національної поліції України за військові кримінальні правопорушення	60–65
Туляков В. О. «Білий загін» у тіні війни (щодо відповідальності парамілітарних компаній)	66–74
Удовенко Ж. В. Судові експертизи під час розслідування воєнних злочинів: проблеми та виклики	75–82

Туляков Вячеслав Олексійович,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрНУ,
професор кафедри кримінального права
Національного університету
«Одеська юридична академія»

«БІЛИЙ ЗАГІН» У ТІНІ ВІЙНИ (ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ПАРАМІЛІТАРНИХ КОМПАНІЙ)

«Білий загін» – історичний роман Артура Конан Дойла, присвячений пригодам англійських лицарів та найманців-лучників протягом 100-літньої війни. До речі, дійсно існував загін найманців із блискучою історією військової діяльності. Вікінги, кондотьєри, альмогаври, ландскнехти, авантюр'єри, сірі Гусі, – яких назв тільки не мала ця спільнота осіб, що займалися комерційною військовою діяльністю протягом століть. XX та XXI вік дали нам феномен парамілітарних компаній.

Парамілітарні (військові) приватні компанії (ПВК) у найбільш загальному вигляді є юридичними особами публічного чи приватного права, які пропонують спеціалізовані комерційні послуги, пов'язані із озброєною охороною людей та об'єктів, захистом, обороною, участю у військових конфліктах, збором розвідувальної інформації, стратегічним плануванням, логістикою, технічним обслуговуванням та експлуатацією бойових комплексів, охороною правопорушників, інструктажем, підготовкою та консультуванням військовослужбовців та органів охорони правопорядку [1].

Мета ПВК – отримання прибутку від військової та охоронної діяльності. За прогнозами середній обсяг приватних операцій у цій сфері до 2028 року сягне 366 млрд. доларів на рік. Організаційно-правовий статус залежить від країни реєстрації, місцезнаходження юридичної особи, пов'язаності із міжнародною діяльністю.

Замовниками виступають держави, міжнародні організації, корпорації та приватні особи (від ООН до арабських шейхів). Так, французька SCIOPEX

Inc. виконувала функції по охороні узбережжя Сомалі від піратів, Blackwater (Academy) – охорону та захист комунікацій, дипломатичних місій протягом війни та військових операцій в Ірані та Афганістані; G4S – прикордонний контроль між Ізраїлем та ООП; Dynkorp International – підготовку поліціантів у Афганістані і не тільки. Значна кількість компаній виконують певні логістичні, інформаційні та охоронні функції у процесі здійснення миротворчих операцій ООН. В рф ПВК задіяні у війні з Україною, операціях у Сирії та країнах Африки. Стверджується, що ПВК несуть відповідальність за дотримання прав людини та виконання гуманітарних зобов'язань по відношенню до всіх тих, на кого впливає їхня діяльність, включаючи персонал, клієнтів, постачальників, акціонерів та населення регіону, в якому надаються послуги з метою підтримки верховенства права, поваги до прав людини всіх осіб та захисту інтересів своїх клієнтів [2]. Зрозуміло, що ПВК повинні нести всю повноту відповідальності як на національному, так і на міжнародному рівні за акти зловживання владою з їх боку, якими можуть бути державні перевороти, участь в агресивних війнах, геноцид, військові злочини та злочини проти безпеки людства. Незаконна діяльність ПВК реалізується також в актах корупції та відмиванні злочинних коштів [3].

Поруч з тим, у протидії правопорушенням з боку ПВК існують суттєві перепони. Підкреслюючи значущість регламентації діяльності ПМК, експерти Венеційської комісії стверджують, що за допомогою ПВК непідзвітній еліті в слабкій державі може бути легше утримувати владу. ПВК можуть використовуватися для послаблення або підриву законного уряду. ПВК можуть полегшити транснаціональним корпораціям експлуатацію природних ресурсів слабкої держави. Європейські держави не регулюють екстериторіальну діяльність приватних військових та охоронних компаній. Якщо одна держава вирішує регулювати їхню екстериторіальну діяльність, існує очевидний ризик того, що вони перемістяться до держави, де їхня діяльність не регулюється або регулюється менш жорстко. Логічним наслідком цього є прагнення до міжнародного регулювання за допомогою

договору, що містить мінімальні загальні стандарти регулювання, які повинні застосовуватися до приватних військових та охоронних компаній державами-учасниками [4].

Документ Монтре 2008 року «Про відповідні міжнародно-правові зобов'язання та передовий досвід держав, пов'язані з діяльністю приватних військових та охоронних компаній під час збройних конфліктів» [1] визнає, що усталені норми міжнародного права застосовуються до держав у їхніх відносинах з приватними постачальниками послуг безпеки, але цього недостатньо. Національні правила щодо юрисдикції є складними, і між європейськими державами існують значні відмінності, які досить потребують певної уніфікації у контексті розширення юрисдикції [5, 6]. Наприклад, всі держави-учасниці Статуту Міжнародного кримінального суду (МКС) повинні поширювати свою юрисдикцію, принаймні на своїх громадян, на воєнні злочини в міжнародних і внутрішніх конфліктах і злочини проти людяності [4]. У деяких державах існують злочини, що криміналізують найманців. Однак визначення поняття «найманець», принаймні там, де національний злочин ґрунтується на шести сукупних умовах ст. 47 Додаткового протоколу 1 1977 року до Женевських конвенцій, робить такий злочин надзвичайно складним для доведення (у діючій редакції примітки до ст. 447 Кримінального кодексу України найманцем визнається особа, яка: 1) спеціально завербована в Україні чи за її межами для того, щоб брати на території України чи території інших держав участь у збройному конфлікті, воєнних або насильницьких діях, спрямованих на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу, захоплення державної влади, перешкоджання діяльності органів державної влади чи порушення територіальної цілісності; 2) бере участь у воєнних або насильницьких діях з метою одержання будь-якої особистої вигоди; 3) не є ні громадянином (підданим) сторони, що перебуває у конфлікті, ні особою, яка постійно на законних підставах проживає на території, яка контролюється стороною, що перебуває у конфлікті; 4) не входить до особового складу збройних сил

держави, на території якої здійснюються такі дії; 5) не послана державою, яка не є стороною, що перебуває у конфлікті, для виконання офіційних обов'язків як особи, яка входить до складу її збройних сил).

У будь-якому випадку, всім європейським державам Венеційська комісія настійно рекомендує переглянути свої системи кримінального права та юрисдикції, щоб визначити, чи існують прогалини в їхніх юрисдикційних вимогах, принаймні щодо громадян, і якщо так, то виправити їх, а також передбачити механізми екстрадиції, якщо з якихось причин юрисдикція відсутня [4].

Щодо притягнення ПВК до кримінальної відповідальності за воєнні злочини виникають питання декількох типів.

Перше. Юрисдикційне. Притягнення до кримінальної відповідальності за порушення законів та звичаїв війни буде різнитися від статусу та місця перебування ПВК. Відокремлюються «Держави-контрагенти», які безпосередньо укладають з ПВК контракти про надання послуг. «Держави територіальної юрисдикції» – це держави, на території яких діють ПВК. «Держави походження» – це держави національної приналежності ПВК, тобто де та чи інша ПВК зареєстрована або інкорпорована. Зрозуміло, що для держав-контрагентів, або держав походження притягнення до відповідальності ПВК та їх учасників за злочини, вчинені у державах територіальної юрисдикції, пов'язане із застосуванням принципу універсальної юрисдикції, та існуванням договору про видачу.

Друге. Суб'єктність та (квазі)кримінальна відповідальність.

Фізичні особи, члени ПВК, задіяні у конфлікті можуть бути притягнутими по ст. 438 КК України та ін., за вчинення відповідних діянь, чи віддання наказів на скоєння (command responsibility). Виникають питання визнання таких осіб законними чи незаконними комбатантами, чи загалом найманцями [7]. Проте, як ми вже казали, статус найманця не розповсюджується на громадян держави-агресора, що воюють у державі територіальної юрисдикції. Незаконність статусу комбатанта може мати

значення лише при застосуванні принципу універсальної юрисдикції відносно певних осіб, що належать до міжнародної злочинної чи міжнародної терористичної організації у випадках, коли законодавство країни притягнення до відповідальності визнає статус незаконного комбатанта (наприклад, федеральне законодавство США у відношенні до членів визнаної офіційно транснаціональної злочинної або терористичної організації).

Наприклад, ПВК «Вагнер» визнана транснаціональною злочинною організацією в США, міжнародною злочинною організацією в Україні, терористичною організацією у Великобританії [8]. У цьому випадку, якщо співробітники ПВК, не будучи громадянами країни-агресора, здійснюють дії, які можуть бути класифіковані як безпосередня участь у бойових операціях у державі територіальної юрисдикції, то вони втрачають захист від нападу на період своєї участі у військових діях та не отримують статусу військовополонених. Якщо ж ПВК є частиною російських збройних сил та беруть участь у міжнародному збройному конфлікті під командуванням, підзвітним агресору, її члени можуть бути визначені як комбатанти із відповідними гарантіями, імунітетами та привілеями, визначеними Женевськими конвенціями [9]. До того ж п. 3 ст. 45 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, передбачає, що будь-яка особа, яка брала участь у військових діях, яка не має права на статус військовополоненого і не користується більш сприятливим поводженням, має право на захист та обов'язковий мінімум гарантій, передбачений у ст. 75 цього протоколу.

Юридичні особи згідно п. 4 ч. 1 ст. 96³ КК України можуть бути притягнутими відповідно за вчинення уповноваженою особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених статтями 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК України, тобто, якщо вони призвели до отримання ПВК неправомірної вигоди або створили умови для отримання такої вигоди, або були спрямовані на ухилення від передбаченої законом відповідальності у зв'язку із участю у військових операціях.

Чи може ПВК бути суб'єктом відповідальності за воєнні злочини за діючим законодавством України?

Згідно зі ст.ст. 80–81 ЦК України, юридичною особою є організація, створена на підставі розпорядження державного органу (органу місцевого самоврядування, управління чи за ініціативою приватних осіб та зареєстрована у встановленому законом порядку. В Україні регламентація діяльності ПВК повинна була бути нормативно оформленою другим по рахунку Проектом Закону про військово-консалтингову діяльність № 3005 від 04.02.2020 року [10], який з 2020 року знаходиться на розгляді у відповідному комітеті ВРУ. Зауваження класичні: невідповідність проекту положенням Міжнародної конвенції про боротьбу з вербуванням, використанням, фінансуванням і навчанням найманців 1989 року, ратифікованої відповідною Постановою Верховної Ради України від 14.07.1993 року № 3381-XII. Тобто, юридично комерційна ПВК не може бути зареєстрованою на території України (саме тому Українська добровольча армія, наприклад, є громадською неприбутковою парамілітарною організацією).

Поруч з цим, ПВК, зареєстровані в інших юрисдикціях, як парамілітарні юридичні особи, створені з метою отримання прибутку, можуть бути притягнені до відповідальності у випадках:

1) вчинення їхніми членами воєнних злочинів, передбачених КК України та у відповідності із Міжнародним гуманітарним правом (регрес цивільно-правової відповідальності);

2) вчинення уповноваженою ПВК особою від імені та в інтересах юридичної особи будь-якого із кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 436, 437, 438, 442, 444, 447 КК України як у формі безпосереднього порушення норм МГП, так і в формі віддання наказу підлеглим на порушення норм МГП;

3) отримання ПВК неправомірної вигоди (наприклад, грошових коштів або іншого майна, пільги чи послуг та будь-яких інших доходів, одержаних без законних на те підстав), або створення умов для отримання такої вигоди, а

так само на ухилення від передбаченої законом відповідальності. Враховуючи те, що ПВК не є суб'єктами, офіційно зареєстрованими в Україні, уся вигода від незаконної військової діяльності чи створення умов для її отримання повинна бути визнаною отриманою без законних підстав.

Деякі проблеми викликають нюанси кваліфікації відповідних діянь у формі розвідувальної, охоронної чи логістичної діяльності ПВК, загалом послуг безпеки та підвищення кваліфікації (навчання військових). У цих випадках розслідування порушень національного та міжнародного кримінального права, порушень міжнародного гуманітарного права або порушень прав людини з боку ПВК може зіштовхнутися із колізіями, коли зазначені види діяльності є лише пов'язаними із військовими операціями.

Зрозуміло, що докази навмисного вчинення воєнних злочинів, встановлення суб'єктивної сторони складів, причинового зв'язку будуть вимагати застосування правил кваліфікації по аналогії з *command responsibility sui generis* (віддання наказу особливого роду), коли сам факт організації вчинення логістичної операції охоплюється умислом співучасті у незаконному отриманні прибутку від військової діяльності.

Це потребує додаткового навчання прокурорів та слідчих особливостям застосування акцесорної теорії співучасті у міжнародному кримінальному праві.

Потребує й вирішення питання пропорційності кримінально-правових заходів до юридичних осіб. За правовою природою кримінально-правові заходи відносно юридичних осіб є заходами безпеки, ідеологічна основа яких – убезпечення захисту основних прав і свобод учасників кримінальних правовідносин від діянь суб'єктів відповідальності особливого роду. Поруч з цим передбачені ст. 96⁶ КК України ліквідація, штраф або конфіскація майна не є достатніми та ефективними засобами безпеки у протидії незаконній діяльності ПВК.

Вважаємо за необхідне розглянути можливості застосування каральної компенсації, коли суд, залежно від економічного стану юридичної особи,

призначає кримінальну компенсацію не як захід відновлення, а як кару за вчинене (punitive compensation). У даному випадку мова йде не про додаткову відповідальність у вигляді адгезійного позову у кримінальному процесі для компенсації потерпілим, додаткові підстави та обсяги якої частково врегульовано ЦК України (див., наприклад, ст. 1177 ЦК та ін.), а саме як каральний захід.

У випадку ПВК було б доцільним встановити такий вид відповідальності за діяння, передбачені п.п. 3-4 ст. 96³ КК України.

Список використаних джерел

1. Документ Монтрє о соответствующих международно- правовых обязательствах и передовых практических методах государств, касающихся функционирования частных военных и охранных компаний в период вооруженного конфликта Монтрє, 17 сентября 2008 года. URL: <https://www.icrc.org/ru/doc/assets/files/other/montreau.pdf>.

2. The International Code of Conduct for Private Security Service Providers (2012) URL: <https://icoca.ch/the-code/>.

3. Viacheslav Tuliakov Wagner Group in the Shadows of War. Jan 15.2024 - URL:<https://prezi.com/p/llx4j4fcbexy/?present=1>.

4. VENICE COMMISSION (2009) Report On private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force. URL: (Venice, 12-13 March 2009) URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2009\)038-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2009)038-e).

5. PACE Recommendation 1858 (2009) Private military and security firms and erosion of the state monopoly on the use of force <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17711&lang=en>.

6. Open-ended intergovernmental working group to elaborate the content of an international regulatory framework on the regulation, monitoring and oversight

of the activities of private military and security companies. European Union written contribution. Geneva, 28 June 2021. URL: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGMilitary/Session2/CFI/EuropeanUnion.pdf>.

7. Хавронюк М. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни: двадцять запитань та відповідей URL: <https://pravo.org.ua/blogs/kryminalna-vidpovidalnist-za-porushennya-zakoniv-ta-zvychayiv-vijny-dvadtsyat-zapytan-ta-vidpovidej/#link10>.

8. Sybilla Gross and Andrea Dudik (2023) What Is Russia's Wagner Group and Why Is It Accused of Mutiny? Bloomberg News, Jun 24, 2023. URL: <https://www.bnnbloomberg.ca/what-is-russia-s-wagner-group-and-why-is-it-accused-of-mutiny-1.1937285>.

9. ECHR, *Milanković v. Croatia*. Case № 33351/20 від 20.01.2020 (див. п.п. 55–57, 61). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-215180>.

10. Проект Закону про військово-консалтингову діяльність № 3005 від 04.02.2020. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68041