

DOI: 10.33766/2524-0323.102.90-110

УДК: 343.33: [341.4](477)

Задоя К. П., кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка (м. Київ, Україна)

e-mail: kostyantyn.zadoya@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2362-7116>

Дудоров О. О., доктор юридичних наук, професор, професор кафедри кримінально-правової політики та кримінального права навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка (м. Київ, Україна)

e-mail: o.o.dudorov@gmail.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-4860-0681>

СЕКСУАЛЬНЕ НАСИЛЬСТВО ЯК ВОЄННИЙ ЗЛОЧИН: ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ТА КВАЛІФІКАЦІЇ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Статтю присвячено з'ясуванню особливостей криміналізації та кваліфікації сексуального насильства як воєнного злочину за законодавством України. Констатовано неточність останнього в частині криміналізації сексуального насильства як воєнного злочину. Зазначено, що вказане є наслідком того, що ст. 438 Кримінального кодексу України «Порушення законів та звичаїв війни», котра покликана у вітчизняній правовій системі криміналізувати воєнні злочини, серйозно відрізняється від ст. 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду.

Проведено порівняльний аналіз положень, з одного боку, Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни від 1949 року як єдиного міжнародного договору, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України та який прямо забороняє сексуальне насильство, а також, з іншого, – ст. 8 Римського статуту. З'ясовано, що перший із цих міжнародно-правових документів має вужчу сферу застосування, зважаючи на типи забороненої поведінки, такий інші значимі аспекти – типу збройного конфлікту, статі й кола потерпілих.

Визначено переліки обов'язкових для України положень договірного міжнародного гуманітарного права, які імпліцитно забороняють сексуальне насильство у випадках як міжнародних збройних конфліктів, так і збройних конфліктів неміжнародного характеру. Доведено, що правові підстави, які лежать в основі цих заборон, різняться, що має братись до уваги при кримінально-правовій кваліфікації досліджуваного сексуального насильства.

Аргументовано положення про те, що норми кримінального закону про відповідальність за «загальнокримінальні» злочини повинні тлумачитись як такі, що не поширюються на випадки, які підпадають під сферу дії ст. 438 КК України. Висвітлено питання, яким чином положення договірного міжнародного гуманітарного права, що забороняють сексуальне насильство, кореспондують із формами злочину «порушення законів та звичаїв війни»

Проаналізовано, яким чином проблему криміналізації сексуального насильства як воєнного злочину пропонується вирішувати у проєкті нового Кримінального кодексу України. Наведено аргументи на користь вдосконалення ст. 438 КК України з урахуванням «каталогу» воєнних злочинів, закріпленого у ст. 8 Римського статуту.

Ключові слова: сексуальне насильство, воєнні злочини, порушення законів та звичаїв війни, збройний конфлікт, міжнародне гуманітарне право, Римський статут, криміналізація, кваліфікація, злочини проти людяності.

Постановка проблеми. За слухним висловлюванням О. Харитонової, сексуальне насильство в умовах збройного конфлікту протягом тисячоліть сприймалось як неминучий побічний ефект війни, спосіб утвердження завойовниками своєї влади над переможеними шляхом використання жіночих тіл. Згвалтування, як знаряддя війни, є дешевою та ефективною стратегією: використовуючи сексуальне насильство, озброєним формуванням вдається як заподіяти неймовірних індивідуальних страждань, так і зруйнувати місцеві спільноти, ослабити їх та встановити над ними контроль. Прагнення до панування пояснює систематичне застосування сексуального насильства як стратегії війни [1]. Практика Міжнародного кримінального суду (далі – МКС) засвідчує, що згвалтування, інші сексуальні та гендерно зумовлені злочини проти жінок і чоловіків часто широко розповсюджені та (або) систематично використовуються як знаряддя війни чи репресій [2, с. 23].

Під час повномасштабного вторгнення РФ в Україну сексуальне насильство, здійснюване російськими військовими щодо цивільного населення нашої країни, набуло системного характеру. Немає жодної деокупованої території, де спеціальні мобільні групи, які складаються з прокурорів, поліцейських і психологів, не фіксували б факти злочинного сексуального насильства [3]. Жодна європейська країна у XXI столітті не стикалась з таким масштабом цих посягань, що стало викликом для систем як національного, так і міжнародного правосуддя. Сексуальне насильство в умовах збройного конфлікту не повинне розцінюватись як побічний продукт війни. Це злочин, який має справедливо каратись.

Попри те, що сексуальне насильство з давніх часів супроводжує збройні конфлікти, воно лише відносно нещодавно почало визнаватись окремим видом серйозного порушення міжнародного гуманітарного права (далі – МГП), тобто воєнним злочином. Це сталося з прийняттям у 1998 р. Римського статуту (далі – РС), ст. 8(2)(b)(xxii) та (e)(vi) якого визнає воєнними злочинами згвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусову вагітність, примусову стерилізацію та будь-яку іншу форму сексуального насильства, яка становить собою грубе порушення Женевських конвенцій про захист жертв війни від 1949 року (далі – ЖК) або є серйозним порушенням ст. 3, спільної для ЖК. РС – це перший міжнародний документ, який прямо включає різні форми сексуальних і гендерно зумовлених злочинів як акти злочинів проти людяності або воєнних злочинів, скоєних у ході міжнародних і неміжнародних збройних конфліктів. Крім того, РС поширює юрисдикцію МКС на сексуальні і гендерно зумовлені злочини, якщо вони становлять акти геноциду або інші акти, що лежать в основі злочинів

проти людяності чи воєнних злочинів [2, с. 12]. Включення самостійних положень, присвячених злочинам у виді сексуального насильства, у статтю РС про воєнні злочини недвозначно засвідчує, що ці посягання, вчинювані як організоване насильство, належать до найбільш серйозних злочинів [4, с. 532].

При підготовці РС держави прагнули окреслити юрисдикцію МКС у спосіб, який би відповідав чинному на той момент звичаєвому міжнародному праву, а преамбула до РС підтверджує існування обов'язку держав переслідувати згадані в ньому злочини, зокрема воєнні, безвідносно до їх участі в РС [5, с. 13], що є особливо актуальним для сьогоденної України. Отже, коло адресатів, для яких передбачений у ст. 8 РС «каталог» воєнних злочинів має правове значення, не обмежується МКС і державами-учасницями РС. Згадана стаття є орієнтиром для будь-якої держави світу щодо того, які типи поведінки визнаються воєнними злочинами за міжнародним (звичаєвим) правом. Як наслідок, ст. 8 РС визначає обсяг зобов'язань держав щодо кримінального переслідування та покарання воєнних злочинів на національному рівні. Виконання цього зобов'язання передбачає, що типи поведінки, які становлять воєнні злочини за міжнародним правом, будуть криміналізовані згідно з національним законодавством, імовірні факти порушень відповідних заборон мають розслідуватись на національному рівні, а винні в цих порушеннях повинні зазнати кримінального переслідування та покарання.

Актуальність обраної теми зумовлена й тим, що: а) на сьогодні вітчизняна правозастосовна практика не виробила усталених підходів до кваліфікації сексуального насильства в умовах збройного конфлікту; б) Кримінальний кодекс України (далі – КК) не містить конкретних формулювань, які були б присвячені такому насильству як виду (складовій) воєнних злочинів та які відповідали б сучасному стану розвитку МТП; в) у юридичній літературі висловлюються суперечливі судження з питання про звернення до ст. 8 РС при кваліфікації вчиненого за ст. 438 КК; г) завершується підготовка проекту нового Кримінального кодексу України, у якому нормативні підстави відповідальності за злочини проти міжнародного порядку, включаючи воєнні злочини, запропоновано сформулювати кардинально інакше, порівняно з КК, і така новелізація потребує осмислення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання криміналізації та кваліфікації сексуального насильства в умовах збройного конфлікту досліджували у своїх працях такі автори, як: М. Акімов, Н. Антонюк, Г. Анісімов, М. Бондаренко, А. Вознюк, І. Жук, І. Заворотько, Д. Коваль, Т. Михайліченко, А. Політова, В. Руфанова, Н. Стасюк, М. Хавронюк, О. Харитоновна, Н. Юрчишин та ін. При вивченні проблеми запровадження в КК концепту «вік сексуальної згоди» нами також частково було вивчено специфіку зазначеного сексуального насильства, констатувачи відмінності у підходах до його оцінки за міжнародним кримінальним правом у його вузькому сенсі (сукупність норм, що забороняють злочини агресії, геноциду, воєнні злочини та злочини проти людяності) та іншими складовими міжнародного права [6, с. 75–94]. Незважаючи на вагомість згаданих теоретичних напрацювань, у юридичній літературі України поки що не запропоновано цілісного уявлення про особливості криміналізації сексуального насильства

як воєнного злочину і, зокрема, відсутній докладний аналіз кореспондування положень договірного МПП, які забороняють сексуальне насильство, із формами злочину, передбаченого ст. 438 КК «Порушення законів та звичаїв війни». Пропонована публікація покликана усунути цю прогалину в наукових розвідках.

Формулювання цілей. Метою статті є з'ясування особливостей криміналізації та кваліфікації сексуального насильства як воєнного злочину та на підставі цього висунення рекомендацій, спрямованих на вдосконалення кримінального законодавства України й практики його застосування.

Виклад основного матеріалу. Не заглиблюючись в особливості воєнних злочинів у вигляді згвалтування та інших форм сексуального насильства і в те, як вони розмежовуються між собою, розглянемо, чи встановлено за аналізований тип суспільно небезпечної поведінки відповідальність за чинним кримінальним законодавством України. Почати вважаємо за доцільне з того, що згадувана вище ст. 438 КК, яка покликана у правовій системі України криміналізувати воєнні злочини, серйозно (причому, як структурно, так і термінологічно) відрізняється від ст. 8 РС.

По-перше, ст. 438 КК не оперує терміном «воєнні злочини»; натомість у її назві вжитий зворот «порушення законів та звичаїв війни», який є архаїчною назвою МПП як галузі міжнародного права. Звідси випливає, що в межах ст. 438 КК криміналізовано лише порушення договірного МПП.

По-друге, ч. 1 ст. 438 КК, не передбачаючи закритого «каталогу» воєнних злочинів, на відміну від ст. 8 РС, водночас перераховує шість форм вчинення злочину, чотири з яких можна умовно назвати спеціальними (жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням; вигнання цивільного населення для примусових робіт; розграбування національних цінностей на окупованій території; застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом), а п'яту – універсальною (загальною), оскільки її зміст розкривається за допомогою відсилки до міжнародних договорів у сфері МПП («інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»). Як наслідок, ця форма робить диспозицію ч. 1 ст. 438 КК значною мірою бланкетною. Останньою в ній фігурує така особлива форма злочину, як «віддання наказу про вчинення... дій [передбачених вище]».

По-третьє, формулювання п'ятої (універсальної) форми злочину свідчить про те, що загалом диспозиція ч. 1 ст. 438 КК сформульована з використанням прийому *eiusdem generis* (лат. – слідуй тому ж роду). Використане тут слово «інші» означає, що й перераховані раніше в диспозиції цієї кримінально-правової норми типи поведінки (позначені нами як спеціальні форми) також є порушеннями законів та звичаїв війни, передбаченими міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (далі – ВРУ).

Отже, ст. 438 КК встановлює відповідальність за порушення лише таких законів та звичаїв війни, які передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надала ВРУ. На наш погляд, таким договором немає підстав визнавати РС хоча б через те, що ВРУ й досі не надала згоду на його обов'язковість

для України. Інакше кажучи, криміналізуючи воєнні злочини, ст. 438 КК спирається не на ст. 8 РС, а на інші джерела міжнародного права, і саме вони є «ключем» для правильного розуміння сфери застосування цього положення кримінального закону України.

Зауважимо, що окремі українські автори дотримуються іншої точки, стверджуючи, що для розкриття поняття «інші закони та звичаї війни» в диспозиції ч. 1 ст. 438 КК можна звертатись і до РС [7, с. 91; 8, с. 17; 9, с. 63]. Складається враження, що привід для таких висловлювань дав визнання Україною юрисдикції МКС у 2014 та 2015 роках, здійснене шляхом подання заяв у порядку, передбаченому ч. 3 ст. 12 РС. Уточнимо, що заяви про визнання юрисдикції МКС покладають на державу зобов'язання співпрацювати з МКС і виконувати всі його рішення та накази. Проте відповідні заяви, зроблені нашою державою, лише уповноважили МКС розслідувати та карати вчинені на території України злочини геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини; ці заяви не зробили РС обов'язковим для України в тому сенсі, як це відбувається у випадках з ратифікацією міжнародних договорів. Тобто та обставина, що Україна шляхом подання заяв *ad hoc* визнала юрисдикцію МКС, на наш погляд, не означає того, що при кваліфікації за ст. 438 КК слід посилається на ст. 8 РС. І вивчення текстів повідомлень про підозру, які складені за ст. 438 КК щодо військовослужбовців РФ у зв'язку із вчиненням ним сексуальним насильством та які розміщені на сайті Офісу Генерального прокурора, зайвий раз засвідчує правильність обстоюваної нами точки зору.

Із ч. 1 ст. 438 КК випливає: 1) обмеження сфери її застосування лише тими порушеннями МГП, що мають серйозний характер; 2) врахування при кваліфікації дій особи так званого контекстуального елементу; 3) взяття до уваги положень МГП у частині визначення кола потерпілих осіб; 4) врахування положень МГП при визначенні кола осіб, які можуть бути суб'єктами злочину «порушення законів та звичаїв війни» [10, с. 1342–1343]. При цьому слід мати на увазі те, що на окупованих територіях або на територіях, де відбувається збройний конфлікт, можуть вчинятися і «загальнокримінальні» злочини, не пов'язані з контекстом та умовами збройного конфлікту (побутові вбивства, грабежі, злочини сексуального насильства в місцях, які не перебували під контролем окупаційних військ і де не ведуться бойові дії, тощо) [11].

Через зазначені вище особливості свого змісту ст. 438 КК має серйозні недоліки. По-перше, вона не «накриває» певні типи поведінки, які є воєнними злочинами, згідно з міжнародним правом, включаючи значне число воєнних злочинів, вчинюваних у зв'язку зі збройним конфліктом неміжнародного характеру. По-друге, у багатьох випадках з'ясування того, чи охоплюється певний тип поведінки, який є воєнним злочином, згідно з міжнародним правом, диспозицією ст. 438 КК, потребує поглибленого правового аналізу. Останнє не виглядало б гострою проблемою, якби специфіка цієї статті КК не вимагала відображення відповідного правового аналізу у процесуальних документах, що складаються в кримінальному провадженні. Зокрема, інкримінування особі іншого порушення з ак-

нів та звичаїв війни, передбаченого міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ (універсальна форма злочину), потребує посилання у вироку суду на конкретне положення МП при тому, що сфера його чинності може бути вкрай неочевидною для «неозброєного (поглибленими знаннями МП) ока». Ця проблема постає і щодо тих воєнних злочинів, які набувають вигляду сексуального насильства. Показово, що саме в контексті кримінально-правової оцінки останнього окремі правозастосувачі нарікають на занадто загальний характер ст. 438 КК і доцільність її конкретизації за зразком ст. 8 РС [3].

Справа в тому, що єдиним міжнародним договором, який прямо забороняє сексуальне насильство і згоду на обов'язковість якого надано ВРУ, є Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 1949 року (далі – ЖК IV). Її ст. 27(2) передбачає, що жінки потребують особливого захисту від будь-якого посягання на їхню честь і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність. Цікаво, що, хоч ЖК IV містить однозначні (категоричні) формулювання щодо неприпустимості зґвалтування та інших проявів сексуального насильства, ці конвенційні приписи інколи піддавались критиці на тій підставі, що сексуальне насильство характеризується в них як посягання на честь жертви, а отже, вони нібито не відбивають серйозності цих деліктів як посягань на фізичне і психологічне благополуччя жертви. Справді, такі формулювання зараз виглядають старомодним евфемізмом, проте слід мати на увазі те, що на час розроблення та ухвалення ЖК IV поняття «честі» мало зовсім інше забарвлення і визнавалось надзвичайно важливою умовою, що виправдовувало звернення до нього під час формулювання норм МП [12, с. 12].

Порівнюючи ст. 27(2) ЖК IV зі ст. 8(2)(b)(xxii) та (e)(vi) РС, звернемо увагу на те, що перша із цих статей не згадує такі прояви сексуального насильства, як сексуальне рабство, примусова вагітність і примусова стерилізація. Щоправда, оскільки вжите в ст. 27(2) ЖК IV поняття «інші форми посягання на моральність» по-свідовно тлумачиться як таке, що охоплює всі прояви сексуального насильства [13, с. 324; 14, с. 355–356], можна припустити, що ст. 27(2) ЖК IV і ст. 8(2)(b)(xxii) та (2)(e)(vi) РС криміналізують максимально подібне (якщо не тотожне) коло типів поведінки. Водночас не можна не помітити, що ст. 27(2) ЖК IV має вужчу сферу застосування, порівняно зі ст. 8(2)(b)(xxii) та (e)(vi) РС, з огляду на інші значимі аспекти:

1) *тип збройного конфлікту*. ЖК IV, як й інші ЖК, загалом поширюються тільки на ситуації міжнародного збройного конфлікту (далі – МЗК). Лише ст. 3, спільна для ЖК, поширюється на ситуації збройного конфлікту неміжнародного характеру (далі – ЗКНМХ). Таким чином, передбачена ст. 27 ЖК IV заборона сексуального насильства стосується лише ситуацій МЗК, а в РС йдеться про випадки сексуального насильства, вчинені як у зв'язку з МЗК (ст. 8(2)(b)(xxii)), так і у зв'язку із ЗКНМХ (ст. 8(2)(e)(vi));

2) *стать потерпілих*. Ст. 27(2) ЖК IV, якщо тлумачити її буквально, заборона сексуального насильства не щодо всіх цивільних осіб, які опинилися під владою сторін МЗК, а лише стосовно цивільних осіб жіночої статі, що не відповідає ст.

8(2)(b)(xxii) та (e)(vi) РС, яка визнає сексуальне насильство воєнним злочином безвідносно до статі потерпілих осіб [14, с. 353]. Хоч жінки і дівчатка є найбільш вразливою частиною населення, чоловіки і хлопчики також стають жертвами сексуального насильства в ситуації збройного конфлікту, яке можуть здійснювати різні суб'єкти, – представники державних структур, члени організованих недержавних збройних груп, учасники місій з підтримки миру, співробітники приватних військових та охоронних компаній та служб безпеки або просто приватні особи [12, с. 3];

3) *коло потерпілих*. Зі ст. 4(1) ЖК IV випливає, що передбачені нею гарантії поширюються на осіб, які перебувають під захистом цієї Конвенції, тобто тих, хто в будь-який момент і за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є. Причому, у ч. 4 ст. 4 ЖК IV вказано, що це особи, захищені Женевською конвенцією про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 1949 року (далі – ЖК I), Женевською конвенцією про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі, від 1949 року (далі – ЖК II) та Женевською конвенцією про поводження з військовополоненими від 1949 року (далі – ЖК III). Таке застереження у поєднанні з назвою ЖК IV дає привід стверджувати, що особами, які перебувають під захистом ЖК IV, є цивільні особи, однак таке твердження видається дещо спрощеним.

По-перше, воно не враховує того, що ЖК IV гарантує захист й іншим особам, які брали участь у бойових діях, опинилися під владою протилежної сторони збройного конфлікту, але не можуть претендувати на статус військовополоненого [15, с. 198]. Ідеться про членів збройних формувань, які не можуть претендувати на статус військовополоненого через порушення вимоги відрізнити себе від цивільного населення, шпигунів, найманців та цивільних осіб, які брали безпосередню участь у бойових діях (статті 44(3) та (4), 46(1), 47(1), 51(3) Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосуються захисту жертв міжнародних збройних конфліктів від 1977 року (далі – ДП I). По-друге, згідно зі ст. 4(2) ЖК IV захистом цієї Конвенції загалом не користуються певні категорії цивільних осіб: а) громадяни держави, не зобов'язаної цією Конвенцією; б) громадяни нейтральної держави; в) громадяни союзної з воюючою державою (у двох останніх випадках – за умови, що між цією державою та державою, під владою якої опинилася особа, існують нормальні дипломатичні відносини).

Отже, до числа осіб, які перебувають під захистом ЖК IV, належать особи, які: а) перебувають під владою сторони МЗК; б) не належать до її громадян; в) не належать до категорій осіб, зазначених у ст. 4(2) та (4) ЖК IV. Лише перераховані особи захищені ст. 27(2) ЖК IV від сексуального насильства. При цьому сфера чинності ст. 8(2)(b)(xxii) та (e)(vi) РС є значно ширшою. У справі *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* [16, § 40; 17, § 48] МКС констатував, що ст. 8(2)(b) та (e) РС загалом, а відповідно, і параграфи (b)(xxii) та (e)(vi) не передбачають вимоги щодо статусу

потерпілого (status requirement). Такий висновок, на думку МКС, впливає з-поміж іншого із загальної структури ст. 8(2) РС, адже у параграфах (b) та (e), на відміну від параграфів (a) та (c), не вказується на те, що згадані в них воєнні злочини можуть бути вчинені лише щодо конкретних категорій потерпілих, зокрема осіб, які охороняються, згідно з положеннями ЖК (ст. 8(2)(a) РС), та осіб, які не беруть активної участі у бойових діях (ст. 8(2)(c) РС).

Оскільки ст. 27(2) ЖК IV із погляду кваліфікації за ст. 438 КК може слугувати правовою основою для визнання порушенням законів та звичаїв війни далеко не всіх ситуацій, криміналізованих згідно з міжнародним правом, потребує з'ясування питання, (a) чи не забороняють сексуальне насильство й інші положення міжнародних договорів у сфері МПП, що є обов'язковими для України, (b) а якщо такі положення існують, то яке коло осіб вони захищають від вказаної поведінки. При цьому, як слушно зазначено в літературі, хоч ЖК і Додаткові протоколи до них від 1977 року, недосконалі у своєму підході до сексуального насильства, проте вони дають необхідний захист, забороняючи зґвалтування та інші види сексуального насильства. Причому, це зроблено в різний спосіб: передусім забороняється насильство. До того ж заборона сексуального насильства міститься і в менш явно виражених положеннях, присвячених забороні жорстокого поводження й тортур, наруги над людською гідністю, посягань на статеву недоторканність жінки, примусу до проституції, а також у положеннях, у яких ідеться про повагу до людей та їхньої гідності [12, с. 11].

На сьогодні загальна картина обов'язкових для України положень договірного МПП, які імпліцитно забороняють сексуальне насильство, виглядає таким чином.

1. У випадках МЗК:

а) ст. 27(1) ЖК IV передбачає, що особи, які перебувають під захистом ЖК IV, мають за будь-яких обставин право на особисту повагу та повагу до своєї честі. Цей фрагмент ст. 27(1) ЖК IV справедливо тлумачиться як такий, що захищає від усіх форм сексуального насильства осіб чоловічої статі, які перебувають під захистом ЖК IV [14, с. 346];

б) ст. 13 ЖК III передбачає, що з військовополоненими необхідно завжди поводитися гуманно і що вони завжди повинні бути захищеними, зокрема від актів насильства чи залякування, а також від образ і цікавості публіки. Ст. 14 ЖК III додатково зауважує, що військовополонені за всіх обставин мають право на повагу до їхньої особи і честі, а також наголошує на тому, що з жінками необхідно поводитися з усією повагою, зумовленою їхньою статтю. Ці рамкові положення тлумачаться як такі, що захищають військовополонених від сексуального насильства [14, с. 357–358];

в) ст. 33 ЖК III передбачає, що особи зі складу медичного та духовного персоналу сторони МЗК, затримані іншою стороною МЗК із метою надання допомоги військовополоненим, не вважаються військовополоненими, однак вони як мінімум користуються пільгами та захистом, передбаченими ЖК III, тобто ці особи користуються і гарантіями, передбаченими статтями 13 та 14 ЖК III, які, як уже зазначалось, включають захист від сексуального насильства;

г) згідно зі ст. 12 ЖК I, ст. 12 ЖК II і ст. 10(1) ДП I, поранені, хворі та особи, які потерпіли корабельну аварію, повинні користуватися повагою та захистом за будь-яких обставин, а сторона, під владою якої вони знаходяться, має забезпечити їм гуманне поводження й догляд. Це рамкове положення розуміється як таке, що захищає поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, від сексуального насильства [14, с. 359]. До того ж важливо наголосити, що зобов'язання поважати і захищати поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, стосується всіх таких осіб, незалежно від того, до якої сторони МЗК вони належать [14, с. 784; 17, § 59]. Це означає, що ст. 12 ЖК I, ст. 12 ЖК II і ст. 10(1) ДП I захищають поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, навіть від сексуального насильства з боку представників власної сторони МЗК. Наприклад, член збройних сил однієї сторони МЗК вчиняє сексуальне насильство щодо пораненого члена збройних сил своєї ж сторони з мотивів помсти за гуманне поводження з військовополоненими чи цивільним населенням, що належить до протилежної сторони збройного конфлікту;

і) усі особи, які перебувають під владою сторони МЗК і при цьому не користуються більш сприятливим захистом, згідно з нормами МГП, можуть розраховувати на мінімальні стандарти поводження. Наприклад, ідеться про цивільних осіб, які перебувають під владою сторони МЗК, але не підпадають під критерії ст. 4 ЖК IV, а саме власних громадян у випадках, коли з останніми відсутні нормальні дипломатичні відносини. Такі стандарти загалом покликані захистити людину від свавільного позбавлення життя, від найтяжчих посягань на людську гідність, а також гарантувати їй належну процедуру кримінального переслідування та покарання.

Утіленням цих стандартів є ст. 3, спільна для ЖК, і ст. 75 ДП I [14, с. 912, 926, 1086; 18, с. 191; 19, с. 539]. Хоч ст. 3, спільна для ЖК, буквально стосується лише ЗКНМХ, від часів рішення Міжнародного Суду ООН у справі *Nicaragua v. United States of America* [20, § 218] вона визнається відображенням «елементарних міркувань гуманності» в контексті обох типів збройного конфлікту. 3-поміж іншого ст. 3, спільна для ЖК, і ст. 75 ДП I забороняють такий тип поводження з людиною, як катування (тортури). Щодо визнання сексуального насильства окремим різновидом воєнного злочину у ст. 8(2)(b)(xxii) та (e)(vi) РС, то міжнародні кримінальні трибунали послідовно розглядали сексуальне насильство як прояв катування (тортур) [21, § 496], яке саме собою вже досить давно визнається серйозним порушенням МГП, тобто воєнним злочином (зокрема, ст. 50 ЖК I, ст. 51 ЖК II, ст. 130 ЖК III, ст. 147 ЖК IV).

Таким чином, воєнним злочином є і сексуальне насильство, вчинене, наприклад, членами збройних сил сторони МЗК стосовно цивільної особи, яка є громадянином цієї ж сторони МЗК, – за умови, що акт сексуального насильства був пов'язаний зі збройним конфліктом (наприклад, якщо сексуальне насильство було вчинене з мотивів помсти за гуманне ставлення цивільного до представників протилежної сторони МЗК). Крім того, важливо зауважити, що нещодавно

МКС зробив без перебільшення революційний крок у тлумаченні сфери чинності положень МГП, які утворюють мінімальні стандарти поводження. Якщо спершу вважалося, що мінімальні стандарти поширювалися лише на осіб, які не беруть або більше не беруть участі в бойових діях [14, с. 1086; 22, § 1451, 1453], то у вже згаданій вище справі *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* [16, § 54; 17, § 63] МКС визнав, що мінімальні гарантії поширюються і на членів власних збройних сил сторони МЗК, та, як наслідок, констатував, що такі особи можуть бути потерпілими від воєнного злочину у вигляді сексуального насильства (ст. 8(2)(b)(xii) PC). Наприклад, член збройних сил сторони МЗК вчинив сексуальне насильство стосовно іншого члена збройних сил цієї ж сторони з мотиву помсти за гуманне ставлення потерпілого до представників протилежної сторони МЗК.

2. У випадках ЗКНМХ:

а) уже згадана вище ст. 3, спільна для ЖК, у своєму первісному значенні містить мінімальний обсяг гарантій, якими користуються особи, які не беруть активної участі в бойових діях і перебувають під владою сторони ЗКНМХ. Однією з цих гарантій є гарантія не бути підданим тортурам, що, як вже з'ясовано, охоплює і захист від сексуального насильства;

б) у більш прогресивному прочитанні МКС це положення слід розглядати і як мінімальний обсяг гарантій для осіб, які беруть участь у бойових діях. У справі *Prosecutor v. Bosco Ntaganda* [16, § 54; 17, § 63] МКС констатував, що у зв'язку із ЗКНМХ потерпілими від воєнного злочину у вигляді сексуального насильства (ст. 8(2)(e)(vi) PC) можуть бути особи, які беруть участь у бойових діях на боці сторони ЗКНМХ, якщо сексуальне насильство вчиняється щодо них іншими особами, які беруть участь у бойових діях на боці цієї ж сторони збройного конфлікту.

Таким чином, положення міжнародних договорів у сфері МГП забороняють сексуальне насильство у зв'язку з будь-яким типом збройного конфлікту щодо будь-якої особи та незалежно від її статусу з точки зору МГП. Різняться лише правові підстави, що лежать в основі цих заборон. І, відповідно, сексуальне насильство, вчинене у зв'язку зі збройним конфліктом, завжди становитиме воєнний злочин.

У контексті міжнародно-правових зобов'язань України ефективно переслідувати воєнні злочини застосування ст. 438 КК має відбуватись у спосіб, що відповідав би таким зобов'язанням. Зокрема, це означає, що положення КК про «загальнокримінальні» злочини мають тлумачитись як такі, що не поширюються на випадки, які підпадають під сферу дії ст. 438 КК. Інакше кажучи, норми про «загальнокримінальні» злочини за жодних умов не повинні одержувати пріоритет перед ст. 438 КК на підставі їх «спеціальності». Протилежний підхід може створювати передумови для безкарності осіб, які вчинили серйозні порушення МГП, через неможливість здійснення юрисдикції щодо таких діянь на підставі універсального принципу (ст. 8 КК) або через вплив строків давності (ст. 49 КК). Норми КК про «загальнокримінальні» злочини можуть застосовуватись субсидіарно відносно до ст. 438 КК, а саме у випадках, коли відсутні підстави для її застосування

(наприклад, коли вчинене діяння не перебуває у зв'язку зі збройним конфліктом або не є серйозним порушенням МГП) [10, с. 1346–1347].

Г. Анісімов так само не має сумніву в тому, що за наявності відповідного контекстуального зв'язку, згвалтування має розцінюватись як передбачене ст. 438 КК порушення законів та звичаїв війни [23]. Суголосно висловлюються вчені: а) М. Хавронюк, який тезу про пріоритетність ст. 438 КК аргументує з-поміж іншого тим, що деякі «загальнокримінальні» злочини караються набагато м'якше, ніж відповідні воєнні злочини чи злочини проти людяності, і стверджує, що санкції при кваліфікації значення не мають – їх непропорційність може свідчити лише про недбалість законодавця [24]; б) Н. Антонюк, яка звертає увагу на те, що, зважаючи на вчинення згвалтування в контексті війни, ведення бойових дій, окупації територій (наявний контекстуальний елемент), при кваліфікації таких дій слід застосовувати ст. 438 КК. Водночас існує проблема покарання, яке може бути призначено винному, адже порушення законів та звичаїв війни, яке полягає у вчиненні згвалтування, карається менш суворо, ніж кваліфіковане згвалтування як «загальнокримінальний» злочин. Фактично в ч. 1 ст. 438 КК не враховуються ні кількість жертв, ні їхній вік, ні тяжкі наслідки для потерпілих, через що санкція цієї кримінально-правової норми потребує вдосконалення [25].

Варто хіба що додати те, що: а) вдосконалення нормативних підстав кримінальної відповідальності за сексуальне насильство в умовах збройного конфлікту не повинне обмежуватись «точковою» зміною санкцій ч. 1 ст. 438 КК; б) спрямована на розв'язання позначеної проблеми караності кваліфікація за сукупністю злочинів, передбачених статтями 438, 152 (153) КК, суперечитиме принципу *non bis in idem*, сформульованому в чинному законодавстві як заборона подвійного притягнення особи до відповідальності одного виду (ч. 1 ст. 61 Конституції України, ч. 3 ст. 2 КК). Щоправда, за інформацією окремих дослідників, в Україні трапляються випадки одночасної кваліфікації діянь за ст. 438 КК та його статтями про відповідальність за «загальнокримінальні» злочини. Як наслідок, «дублюється підхід до оцінки конкретного діяння як в умовах збройного конфлікту, так і в умовах мирного часу» [26].

Надалі докладно розглянемо питання кореспондування положень договірного МГП, які забороняють сексуальне насильство, із формами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК. Хоч в останній сексуальне насильство прямо не згадується, існує «мережа» положень договірного МГП, на які ст. 438 КК спирається при криміналізації сексуального насильства. З приводу досліджуваного кореспондування є сенс спочатку сформулювати три загальні тези: 1) із погляду кваліфікації за ст. 438 КК сексуальне насильство, яке порушує положення договірного МГП, може охоплюватись такими передбаченими ч. 1 цієї статті формами злочину, як «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням» (перша спеціальна форма) та «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» (універсальна форма); 2) прояви сексуального насильства, які стосуються військовополонених і цивільних осіб, охоплюються пер-

пою спеціальною формою злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК; 3) усі інші випадки сексуального насильства, що є порушеннями норм договірного МПТ, охоплюються універсальною формою злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК.

Тепер розглянемо, як ці загальні тези «спрацьовують» щодо конкретних проявів сексуального насильства, які порушують норми договорів у сфері МПТ.

1. Сексуальне насильство щодо військовополонених є порушенням статей 13 і 14 ЖК III, а з погляду інкримінування ч. 1 ст. 438 КК має охоплюватись першою альтернативою у формулі «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням».

2. Особи зі складу медичного та духовного персоналу сторони МЗК, затримані іншою стороною МЗК із метою надання допомоги військовополоненим, не вважаються військовополоненими. Тому, хоч вчинення щодо цих осіб сексуального насильства також порушує статті 13 і 14 ЖК III у зв'язку зі ст. 33 цієї Конвенції, у правовій рамці ст. 438 КК така поведінка не може вважатись «жорстоким поводженням з військовополоненими». Отже, ця поведінка має бути віднесена до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

3. Використаний у формулі «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням» термін «цивільне населення» виглядає дещо неоднозначним із погляду термінології ЖК IV. Є щонайменше три варіанти його прочитання: а) цей термін тотожний терміну «особи, які перебувають під захистом ЖК IV»; б) цей термін ширший за термін «особи, які перебувають під захистом ЖК IV» та охоплює і тих цивільних осіб, які не користуються захистом ЖК IV, але користуються мінімальними стандартами поводження, передбаченими ст. 3, спільною для ЖК, і ст. 75 ДП I; в) цей термін є вужчим за термін «особи, які перебувають під захистом ЖК IV» і не охоплює осіб, які брали участь у бойових діях, але не можуть претендувати на статус військовополоненого. Припустимо, що поява у формулі «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням» терміну «цивільне населення» зумовлена назвою ЖК IV. У такому випадку цей термін є не дуже коректним відповідником терміну «особи, які перебувають під захистом ЖК IV». Таким чином, формулювання «жорстоке поводження з цивільним населенням», використане у ч. 1 ст. 438 КК, охоплює сексуальне насильство, вчинене на порушення ст. 27(1) і (2) ЖК IV. Як наслідок, сексуальне насильство вчинене щодо цивільних осіб, які користуються мінімальними стандартами поводження у контексті МЗК, охоплюється універсальною формою злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК, оскільки зазначені особи не є ні військовополоненими, ні цивільними особами в розумінні ст. 438 КК.

4. З подібних міркувань сексуальне насильство, вчинене на порушення мінімальних стандартів поводження щодо членів власних збройних сил сторони МЗК, також є іншим порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ.

5. Вчинене на порушення ст. 12 ЖК I, ст. 12 ЖК II і ст. 10(1) ДП I сексуальне насильство щодо поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, з

погляду інкримінування ст. 438 КК може охоплюватись першою спеціальною формою аналізованого злочину лише тоді, коли поранені, хворі та особи, які потерпіли корабельну аварію, були військовополоненими.

Вчинене на порушення ст. 12 ЖК І, ст. 12 ЖК ІІ і ст. 10(1) ДП І сексуальне насильство щодо поранених, хворих та осіб, які потерпіли корабельну аварію, які перебувають під владою сторони МЗК і належать до її збройних сил, є іншим порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ.

6. Оскільки в контексті ЗКНМХ взагалі не виокремлюються такий статус, як «військовополонені», а статус «цивільна особа» не фігурує у ст. 3, спільний для ЖК, яка забороняє сексуальне насильство опосередковано через заборону торгів, вчинене у контексті ЗКНМХ на порушення цієї статті, сексуальне насильство з погляду кваліфікації за ст. 438 КК має розцінюватись як інше порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ.

Насамкінець стисло розглянемо, яким чином проблему криміналізації сексуального насильства як воєнного злочину вирішує Робоча група з питань реформування кримінального права Комісії з питань правової реформи при Президентові України. У ст. 11.4.5 проекту нового Кримінального кодексу України (далі – проект) «Серйозне порушення норм міжнародного гуманітарного права у зв'язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру» злочиним 7-го ступеня пропонується визнавати дії особи, яка на виконання політики сторони збройного конфлікту, що передбачала широко-масштабне або системне порушення норм МГП, серйозно порушила такі норми, застосовувані як у МЗК, так і у ЗКНМХ, зокрема «звільнювала, звернула в сексуальне рабство, примусила до проституції, примусової вагітності, примусової стерилізації чи іншої форми сексуального насильства, що становить серйозне порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій» (п. 6) [27].

Наведене положення у взаємозв'язку з іншими приписами проектного документа спонукає висловити такі критичні міркування.

По-перше, п 6 ст. 11.4.5 проекту невдало сформульована: мова в цій нормі повинна йти, зокрема, про примусову вагітність, примусову стерилізацію чи іншу серйозну (у контексті ЖК) форму сексуального насильства, а не про примушування до цих різновидів поведінки; крім того, конструкція «примушування до примусової вагітності, примусової стерилізації чи іншої форми сексуального насильства» є алогічною.

По-друге, у п. 2 ст. 11.4.5 проекту пропонується виокремити такий вид воєнного злочину, як тяжке насильство, поняття якого для цілей розділу 11.4 проекту розкрито в його ст. 11.1.1. В останній тяжке насильство характеризується з-поміж іншого як звільнення чи інша дія сексуального характеру, здійснена за відсутності добровільної згоди потерпілої людини. Незрозуміло, однак, як це узгоджується з тим, що у п. 6 ст. 11.4.5 проекту звільнення та інші форми сексуального насильства виокремлюються як самостійний вид воєнного злочину.

По-третє, у літературі доведено неприйнятність застосування конструкцій складів «загальнокримінальних» злочинів для приведення КК у відповідність до РС у частині регламентації відповідальності за міжнародні злочини [28, с. 127]. Звідси з-поміж іншого випливає, що при конструюванні статей про воєнні злочини варто орієнтуватись не на понятійний апарат Стамбульської конвенції (відсутність добровільної згоди потерпілої особи), а на РС, рішення міжнародних судів та Елементи злочинів, прийняті Підготовчою комісією для МКС 30 червня 2000 р., у яких конкретизується, що відповідні прояви сексуального насильства характеризуються застосуванням сили або погрози силою, або примусу, викликаного, наприклад, страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою, або використанням обставини, яка характеризується примусом, або вчиненням діяння щодо особи, не здатної дати згоду, яка б виражала її справжню волю [29, с. 153–154, 156]. За інформацією М. Піддубної, найбільшу роль у встановленні відповідальності за такий воєнний злочин, як звалтування та інші дії сексуального характеру, відіграли рішення міжнародних трибуналів щодо Руанди та колишньої Югославії, у яких аргументується, що сексуальне насильство не лише може утворювати склади різних міжнародних злочинів (таких, як воєнні злочини чи злочини проти людяності), а й бути частиною катування, заподіяння тяжкого тілесного ушкодження чи інших діянь [30, с. 191–192].

По-четверте, згадувана в п. 6 ст. 11.4.5 проекту ст. 3, спільна для ЖК, має досить вузьку сферу застосування, маючи відношення винятково до ЗКНМХ; в аналізованій ж статті проекту, судячи з її назви і змісту, йдеться про воєнні злочини, які можуть бути вчинені ї у зв'язку з МЗК. Проблемність відсилання до ст. 3, спільної для всіх ЖК, у п. 6 ст. 11.4.5 проекту особливо помітна на фоні ст. 8(2)(b)(xxii) і (e)(vi) РС: до ст. 3, спільної для ЖК, відсилає лише друге з цих двох положень РС.

Принагідно зауважимо, що у висновку національних експертів на проєкт, підготовленому за нашою участю [31], подібне зауваження зроблено і щодо його ст. 11.2.3 «Злочин проти людяності в інших формах». Йдеться про те, що п. 7 цієї статті проекту в основному побудований на ст. 7(1)(g) РС, проте в одному аспекті істотно різниться. Перерахувавши конкретні прояви сексуального насильства, що можуть становити злочини проти людяності, ст. 7(1)(g) РС наприкінці згадує про те, що такими злочинами можуть бути визнані «будь-які інші подібні за тяжкістю форми сексуального насильства». Однак п. 7 ст. 11.2.3 проекту, не використовуючи такий зворот, згадує про «іншу форму сексуального насильства, що становить серйозне порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій». Причину такого відступу від тексту ст. 7(1)(g) РС складно пояснити, адже ст. 3, спільна для ЖК, як вже зазначалось, поширює свою дію лише на ЗКНМХ у той час, як злочини проти людяності (включаючи ті, які набувають вигляду сексуального насильства) можуть бути вчинені і в контексті МЗК, і навіть за відсутності будь-якого збройного конфлікту.

Водночас заслуговує на підтримку використання у п. 7 ст. 11.2.3 і п. 6 ст. 11.4.5 проекту незакритих переліків форм сексуального насильства: така невизначеність покликана сприяти максимально ефективному захисту жертв цього

насильства. Тим більше, що коло інших (відмінних від зґвалтування) форм сексуального насильства не має вичерпного переліку як за РС, так і в практиці міжнародних кримінальних судів. До іншого сексуального насильства відносять торгівлю людьми з метою сексуальної експлуатації, насильницьку контрацепцію, примусове роздягання, насильницьку перевірку незайманості, примушування інших людей займатись сексом один з одним, примушування спостерігати за зґвалтуванням близьких тощо [28, с. 128].

Висновки. Проведене дослідження дозволяє зробити висновок про те, що ст. 438 КК загалом криміналізує всі прояви сексуального насильства, які знаються воєнним злочином, згідно з міжнародним правом. Щоправда, такі чинники, як відсутність у ст. 438 КК прямого згадування про сексуальне насильство, невідповідність її термінології міжнародному праву і те, що ця стаття КК у своїй основі не має ст. 8(2)(b)(xxii) та (e)(vi) РС, яка небезпідставно визнається найбільш очевидним свідченням існування окремої заборони сексуального насильства як воєнного злочину за міжнародним правом, можуть призводити до помилок у кваліфікації. Такий стан речей вкотре підтверджує ту очевидну обставину, що ст. 438 КК не відповідає сучасним правовим реаліям і потребує докорінних змін, які б максимально наблизили український кримінальний закон до «каталогу» воєнних злочинів, закріпленого в ст. 8(2) РС.

Щодо проекту нового КК України, то його положення втілюють загалом прогресивний підхід до криміналізації сексуального насильства як воєнного злочину. Водночас проєкт потребує доопрацювання і в цій частині, адже поки що не повністю забезпечує належну реалізацію норм міжнародного права на національному рівні.

Використані джерела:

1. Харитонova О. Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, у війні рф проти України : можливості правового реагування. URL : <http://jurfem.com.ua/sexualne-nasystvo-povyazane-z-konfliktom-u-viyni-rosii-proti-ukrainy>. (дата звернення: 10.04.2023).
2. Програмний документ Офісу прокурора Міжнародного кримінального суду щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів. Львів : Аналітичний центр «ЮРФЕМ», 2022. 32 с. URL : <https://jurfem.com.ua/wp-content/uploads/2022/11/Policy-paper-ukrainian.pdf>. (дата звернення: 10.04.2023).
3. Вік постраждалих від сексуального насильства – від 4 до 85 років», – прокурорка Діденко. LB.Ua. 24 жовтня 2022 р. URL : https://lb.ua/news/2022/10/24/533571_vik_pos-trazhdalih_vid_seksualnogo.html. (дата звернення: 10.04.2023).
4. Верле Г. Принципи міжнародного уголовного права : учебник. Одесса : Феникс; Москва : ТрансЛит, 2011. 910 с.
5. Kirsch Ph. Foreword. Dömann K. *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. XIII–XIV.
6. Дудоров О. О., Задоля К. П. «Вік сексуальної згоди» у міжнародному праві, кримінально-правовій доктрині та Кримінальному кодексі України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка*. 2019. Вип. 1. С. 75–94.

7. Михайліченко Т. О. Порушення законів та звичаїв війни: проблеми розмежування із суміжними кримінальними правопорушеннями. *Пам'яті професорів П. С. Матишевського та С. С. Яценка: 1. Збірка тез доповідей учасників науково-практичного круглого столу «Кримінальна відповідальність за злочини проти основ національної безпеки України: 1992–2022 роки» (18 листопада 2022 року). 2. Збірка тез доповідей учасників науково-практичної конференції «Сучасне кримінальне право України: конституційний, міжнародно-правовий та порівняльно-правовий виміри» (Яценківські читання) (2 лютого 2023 року) / упоряд. А. А. Стрижевська, С. Д. Шапченко, К. П. Задоя. Київ, 2023. С. 89–93. URL : <https://criminal.law.knu.ua/News>. (дата звернення: 10.04.2023).*

8. Тацій В. Я. Кримінальне право України воєнного стану. *Кримінальне право України перед викликами сучасності і майбуття: яким воно є і яким йому бути* : матеріали міжнар. наук. конференції, м. Харків, 21–22 жовт. 2022 р. / редкол.: В. Я. Тацій, Ю. А. Пономаренко, Ю. В. Баулін та ін. Харків : Право, 2022. С. 15–19.

9. Вознюк А. А., Жук І. В. Порушення законів і звичаїв війни: безпосередні об'єкти, предмети та потерпілі від злочину. Загальні положення «*jus in bello*». *Вісник Луцького державного університету внутрішніх справ* ім. Е. О. Дідоренка. 2022. Вип. 4. С. 57–74.

10. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-ге вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1368 с.

11. Козлиса З. Міжнародний злочин : його кваліфікаційні ознаки. URL : <https://justtalk.com.ua/post/mizhnarodnij-zlochyn-jogo-kvalifikatsijni-oznaki>. (дата звернення: 10.04.2023).

12. Гаджожі Г. Дискусія по гуманитарним вопросам: право, политика, деятельность. Сексуальное насилие в ситуации вооруженного конфликта : нарушение международного гуманитарного права и права прав человека. *Международный журнал Красного Креста* (2014). Том 96 (№ 894). 44 с. Выдержка из номера : «Sexual violence in armed conflict». URL : https://international-review.icrc.org/sites/default/files/894_ircr_gaggioli_rus_web.pdf. (дата звернення: 10.04.2023).

13. Henckaerts J. M., Doswald-Beck L. Customary International Law. *Cambridge: Cambridge University Press*, 2005. Volume I: Rules. 628 p.

14. The 1949 Geneva conventions: a commentary / eds. A. Clapham, P. Gaeta, M. Sassòli, I. van der Heijden. Oxford: Oxford University Press, 2015. 1651 p.

15. Мельцер Н. Міжнародне гуманітарне право. Загальний курс / коорд. Е. Кюстер. Київ : МКЧХ, 2020. 396 с.

16. International Criminal Court, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, Trial Chamber VI, 4 January 2017. URL : https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_00011.PDF. (дата звернення: 10.04.2023).

17. International Criminal Court, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the «Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9», Appeals Chamber, 15 June 2017. URL : https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_03920.PDF. (дата звернення: 10.04.2023).

18. Commentary on the First Geneva Convention : Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field / eds. Comité international de la Croix-Rouge, J.-M. Henckaerts. Cambridge : Cambridge University Press, 2016. 1344 p.

19. Commentary on the additional protocols : of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949 / eds. Y. Sandoz, C. Swinarski, B. Zimmermann. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. 1625 p.

20. International Court of Justice, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)I, Judgment, 1986 I.C.J. 14. URL : <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. (дата звернення: 10.04.2023).

21. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor v. Zejnil Delalić et al., № IT-96-21-T, Judgement, Trial Chamber, 16 November 1998. URL : <https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/>. (дата звернення 10.04.2023).

22. Special Court for Sierra Leone, The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber, 2 March 2009. URL : <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/1234/SCSL-04-15-T-1234-searchable.pdf>. (дата звернення: 10.04.2023).

23. Воєнні злочини : стаття КК України щодо порушення законів та звичаїв війни крізь призму міжнародного гуманітарного права. URL : <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1295977/>. (дата звернення: 10.04.2023).

24. 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-vidpovi-dej/>. (дата звернення: 10.04.2023).

25. Підтримка та захист потерпілих і свідків воєнних злочинів : суддя ВС розповіла про проблемні питання застосування КК і КПК України. URL : <https://www.facebook.com/supremecourt.ua/posts/pfbid0Xduw3sW2WpqgRaoSfztSHp7dkWjJcUj5FJEwNTVoGPjQW2xj5ZEhDDI7L68dXGy1>. (дата звернення: 10.04.2023).

26. Свиридова Д., Павлюк А. Проблемні питання належної кваліфікації воєнних злочинів. URL : <https://azones.law/analytics/problemni-pytannya-nalezchnoyi-kvalifi-kat-siyi-voyennyh-zlochyniv>. (дата звернення: 10.04.2023).

27. Проект нового Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.). URL : <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/01/30/proyekt-kryminalnogo-kodeksu-ukrayiny-stanom-na-30-01-2023.pdf>. (дата звернення: 10.04.2023).

28. Дудоров О. Кримінально-правові проблеми сучасної України (вибрані праці). Київ : Баїре, 2022. 632 с.

29. The Elements of Crimes. URL : <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>. (дата звернення: 10.04.2023).

30. Піддубна М. В. Імплементація норм міжнародного кримінального права про воєнні злочини у Кримінальний кодекс України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2020. 260 с.

31. Висновок національних експертів на проект Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023р.). URL : <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>. (дата звернення: 10.04.2023).

References:

1. Kharytonova O. Ceksualne nasytstvo, poviazane z konfliktom, u viini rf proty Ukrainy : mozhlyvosti pravovoho reahuvannia. (2022). N. p. URL : <http://jurfem.com.ua/sexualne-nasytstvo-povyazane-z-konfliktom-u-viyni-rosii-proty-ukrainy/>. [in Ukrainian].

2. Prohramnyi dokument Ofisu prokurora Mizhnarodnoho kryminalnoho sudu shchodo seksualnykh ta henderno zumovlenykh zlochyniv. Lviv : Analitychnyi tsentr «Ju RFEM» / (2022). N. p. URL : <https://jurfem.com.ua/wp-content/uploads/2022/11/Policy-paper-ukrainian.pdf>. [in Ukrainian].

3. Vik postrazhdalykh vid seksualnoho nasyistva – vid 4 do 85 rokiv», – prokurorka Didenko. (2022). N. p. URL : https://lb.ua/news/2022/10/24/533571_vik_postrazhdalih_vid_seksualnogo.html. [in Ukrainian].

4. Verle, G. (2011). Printsipi mezhdunarodnogo ugolovnoho prava : uchebnik. Odessa: Feniks; Moskva : TransLit. [in Russian].

5. Kirsch, Ph. Foreword. (2003). *Dörmann K. Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, XIII–XIV. [in English].

6. Dudorov, O. O., Zadoia, K. P. (2019). «Vik seksualnoi zghody» u mizhnarodnomu pravi, kryminalno-pravovii doktryni ta Kryminalnomu kodeksi Ukrainy. *Visnyk Luhanskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav im. E. O. Didorenka - Bulletin of the Luhansk State University of Internal Information named after. E. O. Didorenko*, 1, 75-94. [in Ukrainian].

7. Mykhailichenko, T. O. (2023). Porushennia zakoniv ta zvychaiv viiny : problemy rozmezhuvannia iz sumizhnymy kryminalnymy pravoporushenniamy. *Pamiaty profesora P. S. Matyshevs'koho ta S. S. Yatsenka*: 1. Zbirka tez dopovidei uchastykyv naukovy-praktychnoho knulohoho stolu «Kryminalna vidpovidalnist za zlochyny proty osnov natsionalnoi bezpeky Ukrainy : 1992–2022 roky» (18 lystopada 2022 roku). 2. Zbirka tez dopovidei uchastykyv naukovy-praktychnoi konferentsii «Suchasne kryminalne pravo Ukrainy : konstytutsiyni, mizhnarodno-pravovi ta ponimalno-pravovi vymiry» (latsenkoski chytannia) (2 liutoho 2023 roku) - In memory of Professors P. S. Matyshevs'kyi and S. S. Yatsenko: 1. Collection of theses of the reports of the participants of the scientific and practical round table "Criminal responsibility for crimes against the foundations of national security of Ukraine: 1992-2022" (November 18, 2022). 2. Collection of theses of reports of the participants of the scientific and practical conference "Modern criminal law of Ukraine: constitutional, international legal and comparative legal dimensions" (Yatsenko reading) (February 2, 2023) / uporiad. A. A. Stryzhevska, S. D. Shapchenko, K. P. Zadoia (Eds.). N. p. URL : <https://criminal.law.knu.ua/News>. [in Ukrainian].

8. Tatsii, V. Ya. (2022). Kryminalne pravo Ukrainy voiennoho stanu. *Kryminalne pravo Ukrainy pered vykykamy suchasnosti i maibuttia : yakym vono ye i yakym yomu buty : materialy mizhnar. nauk. konferentsii, m. Kharkiv, 21–22 zhovt. 2022 r.* - The criminal law of Ukraine before the challenges of modernity and the future: what it is and what it should be: materials of the international Scientific conferences, Kharkiv, October 21–22, 2022, 15–19. / redkol.: V. Ya. Tatsii, Yu. A. Ponomarenko, Yu. V. Baulin (Eds.) et al. Kharkiv : Pravo. [in Ukrainian].

9. Vozniuk, A. A., Zhuk, I. V. (2022). Porushennia zakoniv i zvychaiv viiny : bez poseredni obiekty, predmety ta poterpili vid zlochynu. Zahalni polozhennia «jus in bello». *Visnyk Luhanskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav im. E. O. Didorenka - Bulletin of the Luhansk State University of Internal Information named after. E. O. Didorenko*, 4, 57–74. [in Ukrainian].

10. Melnyk, M. I., Khavroniuk M. I. et al. (2018). Naukovo-praktychnyi komentar Kryminalnoho kodeksu Ukrainy. 10-te vyd., pererobl. ta dopov. Kyiv : Dakor. [in Ukrainian].

11. Kozlyieva, Z. (N. d.) Mizhnarodnyi zlochyn : yoho kvalifikatsiini oznaky. N. p. [Electronic resource] URL : <https://justtalk.com.ua/post/mizhnarodnij-zlochin-jogo-kvalifikatsiini-oznaki>. [in Ukrainian].

12. Hadzholy, H. (2014) Dyskussiya po humanytarnym voprosam: pravo, polityka, deiatelnost. Seksualnoe nasylye v sytuatsyy vooruzhennoho konflikta : narushenye me

zhdunarodnoho humanitarnoho prava y prava prav cheloveka. *Mezhdunarodnyi zhurnal Krasnoho Kresta - International Journal of the Red Cross*, Vol. 96 (No 894). Vyderzhka yz nomera : «Sexual violence in armed conflict». N. p. URL : https://international-review.icrc.org/sites/default/files/894_irrc_gaggioli_rus_web.pdf. [in Russian].

13. Henckaerts, J. M., Doswald-Beck, L. (2005). *Customary International Law. Volume I: Rules*. Cambridge: Cambridge University Press. [in English].

14. Clapham, A., Gaeta, P., Sassòli M., van der Heijden I. (2015). *The 1949 Geneva conventions: a commentary*. Oxford: Oxford University Press. [in English].

15. Meltser, N. (2020) *Mizhnarodne humanitarne pravo. Zahalniy kurs*. Kyiv : MK ChKh. [in Ukrainian].

16. International Criminal Court, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, Trial Chamber VI, 4 January 2017. (2017). N. p. URL : https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_00011.PDF. [in English].

17. International Criminal Court, Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06, Judgment on the appeal of Mr Ntaganda against the «Second decision on the Defence's challenge to the jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9», Appeals Chamber, 15 June 2017. (2017). N. p. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2017_03920.PDF. [in English].

18. Henckaerts, J.-M. et al. (2016). *Commentary on the First Geneva Convention : Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Cambridge : Cambridge University Press. [in English].

19. Sandoz, Y., Swinarski C., Zimmermann B. (1987). *Commentary on the additional protocols : of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva: Martinus Nijhoff Publishers. [in English].

20. International Court of Justice, Case Concerning the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, 1986 I.C.J. 14. (1986). N. p. URL: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>. [in English].

21. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Prosecutor v. Zejnil Delalić et al., № IT-96-21-T, Judgment, Trial Chamber, 16 November 1998. (1998). N. p. URL : <https://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/>. [in English].

22. Special Court for Sierra Leone, The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao, SCSL-04-15-T, Judgment, Trial Chamber, 2 March 2009. (2009). N. p. URL : <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/RUF/1234/SCSL-04-15-T-1234-searchable.pdf>. [in English].

23. Voienni zlochyny : statia KK Ukrainy shchodo porushennia zakoniv ta zvychaiv viiny kriz pryzmu mizhnarodnoho humanitarnoho prava. (2022) N. p. URL : <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1295977/>. [in Ukrainian].

24. Khavroniuk, M. (2022) Kryminalna vidpovidalnist za porushennia zakoniv ta zvychaiv viiny dvadtsiat zapytan ta vidpovidei. N. p. URL : <https://pravo.org.ua/blogs/kryminalna-vidpovidalnist-za-porushennya-zakoniv-ta-zvychayiv-viiny-dvadtysat-zapytan-ta-vidpovidaj/>. [in Ukrainian].

25. Pidtrymka ta zakhyst poterpilykh i svidkiv voiennykh zlochyniv : suddia VS rozpovila pro problemni pytannia zastosuvannia KK i KPK Ukrainy. (2022) N. p. URL: <https://www.facebook.com/supremecourt.ua/posts/pfbid0Xduw3sW2WpqgRaoSfztSHp7dkWjJcUj5FJEwNTV0GpJQW2xj5ZEhDDI7L68dXGyl>. [in Ukrainian].

26. Svyrydova, D., Pavliuk, A. (2022) Problemni pytannia nalezhnoi kvalifikatsii voiennykh zlochyniv. N. p. URL : <https://azones.law/analytics/problemni-pytannya-nalezhnoi-kvalifikatsiyi-voiennykh-zlochyniv/>. [in Ukrainian].

28. Dudorov, O. (2022) Kryminalno-pravovi problemy suchasnoi Ukrainy (vybrani pratsi). Kyiv : Vaite. [in Ukrainian].

29. The Elements of Crimes. (2011) N. p. URL : <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>. [in Ukrainian].

30. Piddubna, M. V. (2020) Implementatsiia norm mizhnarodnoho kryminalnoho prava pro voienni zlochyny u Kryminalnyi kodeks Ukrainy. *Candidate's thesis*. Lviv. [in Ukrainian].

31. Vysnovok natsionalnykh ekspertiv na proiekt Kryminalnoho kodeksu Ukrainy (kontrolnyi tekst stanom na 30.01.2023 r.). (2023). [Electronic resource] N. p. URL : <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2023/03/16/vysnovok-natsionalnyh-ekspertiv.pdf>. [in Ukrainian].

Стаття надійшла до редколегії 01.02.2023

Zadoya K., *Candidate of Legal sciences, Associate Professor, Professor of the Department Criminal Law policy and Criminal Law Educational and Scientific Institute of Law of Kyiv National University named after Taras Shevchenko (Kyiv, Ukraine)*

Dudorov O., *Doctor of Legal sciences, Professor, Professor of the Department Criminal Law policy and Criminal Law Educational and Scientific Institute of Law of Kyiv National University named after Taras Shevchenko (Kyiv, Ukraine)*

SEXUAL VIOLENCE AS A WAR CRIME: FEATURES OF CRIMINALIZATION AND QUALIFICATION UNDER UKRAINIAN LAW

The research paper is devoted to clarifying specifics of criminalization and qualification of sexual violence as a war crime under the law of Ukraine. The ambiguity of the latter regarding criminalization of sexual violence as a war crime is noted. It is shown that such ambiguity is a consequence of the fact that Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine «Violation of the Laws and Customs of War», designed to criminalize war crimes in the domestic legal system, seriously differs from Art. 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court.

A comparative analysis of the provisions of, on the one hand, the Geneva Convention relative to the Protection of the Civilian Population in Time of War of 1949 as a single international treaty, consented to be binding by the Verkhovna Rada of Ukraine, which directly prohibits sexual violence, and, on the other hand, Art. 8 of the Rome Statute, has been conducted. It was found that the first of these international legal documents has a narrower scope in terms of both the types of prohibited behavior and other significant aspects – the type of armed conflict, gender and circle of victims.

Lists of provisions of international humanitarian treaty law binding on Ukraine, which implicitly prohibit sexual violence in cases of both international armed conflict and non-international armed conflict, have been determined. It is proved that the legal grounds underlying these prohibitions differ, which should be taken into account when legally assessing the investigated sexual violence.

It is argued that the provisions of the criminal law on liability for «general criminal» crimes should be interpreted as not applicable to cases which fall under the scope of Art. 438

of the Criminal Code of Ukraine. It is highlighted how the provisions of treaty international humanitarian law prohibiting sexual violence correspond with forms of the crime «violation of the laws and customs of war».

It is also analyzed how the issue of criminalization of sexual violence as a war crime is proposed to be solved in the draft of the new Criminal Code of Ukraine. Arguments for improving Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine, while taking into account the «catalogue» of war crimes enshrined in Art. 8 of the Rome Statute, are formulated.

Keywords: sexual violence, war crimes, violation of laws and customs of war, armed conflict, international humanitarian law, Rome Statute, criminalization, qualification, crimes against humanity

DOI: 10.33766/2524-0323.102.110-120

УДК: [343.9:343.24]:351.81

Колодяжний М. Г., кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділу кримінологічних досліджень Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України (м. Харків, Україна)
e-mail: mkolodyazhny@ukr.net
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2149-9165>

ОЦІНКА ЕФЕКТИВНОСТІ РЕПРЕСИВНОЇ ТА КРИМІНОЛОГІЧНОЇ МОДЕЛЕЙ УБЕЗПЕЧЕННЯ ДОРОЖНЬОГО РУХУ¹

У науковій статті на підставі результатів емпіричного та теоретичного дослідження здійснена спроба визначення дієвості карального і некарального підходів щодо підвищення рівня безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту шляхом зменшення смертності й дорожньо-транспортного травматизму і так само запобігання автотранспортним правопорушенням. Виділені прояви тяжіння сучасної державної політики України у вказаній сфері до репресії: криміналізація окремих діянь; посилення адміністративної відповідальності за окремі правопорушення на транспорті; відповідна організаційна налаштованість керівництва МВС України і Національної поліції, активне застосування примусу в діяльності органів та підрозділів патрульної поліції. Наголошено, що некаральна (кримінологічна) модель забезпечення дорожнього руху базується на європейській стратегії Vision Zero. Вона відноситься до управління дорожнім рухом, безпечних доріг, сучасних транспортних засобів, забезпечення пересування учасників дорожнього руху, поставарійної діяльності. Здійснений ґрунтовний кримінологічний аналіз адміністративних стягнень за вчинення найбільш поширених правопорушень у сфері дорожнього руху та експлуатації транспорту в багатьох країнах-членах ЄС. Установлено кореляційні взаємозалежності між рівнем безпеки дорожнього руху у відповідних європейських державах

¹ Примітка. Наукова стаття підготовлена у межах розробки фундаментальної теми дослідження «Стратегія запобігання правопорушенням у сфері дорожнього руху та експлуатації транспорту в Україні» відділу кримінологічних досліджень НДІ ВПЗ ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України (номер держ. реєстр. в УкрІНТЕІ 0120U10561).