

УДК 341.322.5

## ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВЧИНЕННЯ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ НА ВИКОНАННЯ НАКАЗУ

**Володимир ПИЛИПЕНКО,**

кандидат юридичних наук, заслужений юрист України,  
член Європейської комісії за демократію через право (Венеціанська комісія)

### SUMMARY

The article is aimed at the studying of the members of the armed forces responsibility for the commission of war crimes on the execution of the order institute evolution. The author also defines the features of this international criminal law institute and forecasts its further development. It is argued that a reference to a government or a superior order inadmissibility is a principle of international criminal law. The doctrine of “smart combat soldiers” is analyzed. It is proved that if a crime within the jurisdiction of the International Criminal Court has been committed by a person pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, it shall not relieve that person of criminal responsibility refers to the qualification of war crimes as defined in international criminal law.

**Key words:** war crimes, order execution, responsibility, member of armed forces, Rome statute.

### АНОТАЦІЯ

Стаття присвячена дослідженню еволюції інституту відповідальності військовослужбовців за скоєння воєнних злочинів на виконання наказу, визначення особливостей інституту міжнародного кримінального права та прогнозування його подальшого розвитку. Стверджується, що положення про неприпустимість посилання на наказ уряду або начальника є принципом міжнародного кримінального права. Аналізується доктрина «розумних багнетів». Доводиться, що принцип неприпустимості посилання на наказ, сформульований у ст. 33 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду, повною мірою поширюється на кваліфікацію воєнних злочинів, як вони визначені в міжнародному кримінальному праві.

**Ключові слова:** воєнні злочини, виконання наказу, відповідальність, військовослужбовець, Римський статут.

**Постановка проблеми.** Однією з найбільш примітних тенденцій у розвитку сучасного міжнародного кримінального права стала еволюція інституту обставин, які звільняють від відповідальності (виключають кримінальну відповідальність). Усі зазначені у ст. 31–33 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду обставини мають різну правову природу (захист, необхідність, неосудність, примусова інтоксикація, помилка у факті та ін.). Наявність обставин, яка звільняє особу від відповідальності, дає підставу вважати, що така обставина за своєю правовою природою не просто звільняє особу від відповідальності, а певною мірою (наприклад, у ситуаціях захисту та необхідності) надає їй право на заповідання шкоди інтересам, охоронюваним міжнародним кримінальним правом [1, с. 124–125].

У теорії вітчизняного кримінального права існує декілька обставин, що виключають злочинність діяння. Однією з них є виконання наказу або розпорядження. Така обставина за зовнішніми ознаками, як і інші обставини, що виключають злочинність діяння, має певні особливості, які дозволяють віднести її саме до такого кримінально-правового інституту, а саме: відсутність суспільної небезпечності, а навпаки, – наявність суспільної корисності, правомірність і спрямованість на захист охоронюваних кримінальним законодавством суспільних відносин [2, с. 346].

Однак як бути, якщо розпорядження командира (начальника) порушує не тільки норми національного права, а й норми міжнародного гуманітарного права? Це питання неодноразово порушувалося в юридичній науці, але воно, як і раніше, заслуговує на серйозний розгляд, оскільки, відповідно до національних військово-кримінальних нормативно-правових актів, військовослужбовець, що відмовляється виконати наказ, може бути притягнутий до кримінальної відповідальності та, за певних обставин, особливо в бойовій обстановці, засуджений на смерть. Водночас посилання на наказ старшого командира не обов'язково

звільняє підлеглого військовослужбовця від кримінальної відповідальності за порушення міжнародного гуманітарного права, допущеного під час виконання такого наказу [3, с. 58].

**Актуальність теми.** Місце виконання наказу серед обставин, що виключають злочинність діяння, було предметом поглибленого наукового аналізу в роботах А.Р. Адельханяна, П.П. Андрушка, Ю.В. Бауліна, С.І. Дячука, А.Г. Кібальника, В.І. Михайлова, О.П. Сібілевої та інших. Із питань наказу видано чимало публікацій і у світлі положень міжнародного гуманітарного права. Однак не можна сказати, що на сьогодні вирішено всі теоретичні та практичні питання відповідальності за вчинення воєнних злочинів на виконання наказу. Так, залишається теоретичне питання доцільності обмеження, за яким лише накази про вчинення злочинів проти людяності та геноциду є явно незаконними. У практичному сенсі залишається актуальним питання розповсюдження знань про відповідальність військовослужбовців за виконання злочинних наказів.

**Метою статті** є дослідження еволюції інституту відповідальності військовослужбовців за скоєння воєнних злочинів на виконання наказу, визначення особливостей цього інституту міжнародного кримінального права та прогнозування його подальшого розвитку.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** У теорії кримінального права стверджується, що виконання наказу або розпорядження пов'язане з заповіданням шкоди на виконання обов'язкового для особи розпорядження про вчинення будь-якої дії (бездіяльності), даного компетентним органом або посадовою особою, наділеним відповідними повноваженнями [4, с. 41–42]. Як зазначає С.І. Дячук, виконання наказу завжди поєднується з колізією інтересів, що одночасно претендують на задоволення, а питання про посилання на наказ начальника як підставу для виправдання за спричинену його виконанням шкоду дотепер викликає спори, оскільки відображає конфлікт між дисципліною, що

вимагає покори, і правосуддям, яке наполягає на тому, що злочин не може залишатися безкарним [5, с. 59]. Водночас не викликає сумнівів той факт, що багато воєнних злочинів здійснювалися і здійснюються на виконання наказу.

Формування цього інституту почалося в міжнародному кримінальному праві з розуміння того, що, незважаючи на принцип неприпустимості посилання на наказ, заподіяння об'єктивно злочинної шкоди на виконання наказу все ж може за певних обставин розцінюватися загалом як незлочинне. І вже під час Другої світової війни була обґрунтована неприпустимість посилання на наказ як на підставу для звільнення від кримінальної відповідальності.

Ще 13 січня 1942 р. представниками Союзу Радянських Соціалістичних Республік (далі – СРСР), Сполучених Штатів Америки (далі – США) та Сполученого Королівства Великобританії було підписано Декларацію про покарання за злочини, вчинені під час війни, в якій представники держав оголосили однією зі своїх основних цілей покарання шляхом організованого правосуддя тих, хто винен і відповідальний за такі злочини, незалежно від того, чи вчинені останні за їхнім наказом, ними особисто або за їхньої співучасті в будь-якій формі. Наступним актом, що встановлює відповідальність за вчинення воєнних злочинів на виконання наказу, стала Декларація про поразку Німеччини і взяття на себе верховної влади над Німеччиною урядами СРСР, Сполученого Королівства Великобританії, США і Тимчасовим урядом Французької республіки. Ст. 11 зазначеного акту проголошувала, що головні нацистські лідери, у зв'язку з тим, що вони підозрюються у скоєнні, підбурюванні або виданні наказів про скоєння воєнних або аналогічних злочинів, будуть заарештовані та передані представникам союзників. У згаданих актах офіційно говорилося про намір притягати до відповідальності не тільки осіб, які видавали злочинні накази, а також їх виконавців. Подальший розвиток досліджуваного інституту отримав у рішеннях Нюрнберзького трибуналу.

Принцип неприпустимості посилання на офіційне або посадове становище особи був вперше сформульований у ст. 7 Статуту Нюрнберзького трибуналу: «Посадове положення підсудних, їх положення як глав держав і відповідальних чиновників різних урядових відомств не повинно розглядатися як підстава для звільнення від відповідальності або пом'якшення покарання» [6]. Потім зазначений принцип був повторений у статутах Міжнародних трибуналів по колишній Югославії (ст. 7) та по Руанді (ст. Б).

Комісія міжнародного права Організації Об'єднаних Націй, формулюючи принципи Нюрнберзького процесу, вирішила це питання так: «Виконання наказу уряду чи начальника не звільняє від відповідальності <...> якщо фактично був можливий свідомий вибір» [7]. Інакше кажучи, відсутність можливості свідомого вибору поведінки виконавцем наказу звільняла його від відповідальності за виконання обов'язкового для нього розпорядження.

У сучасних актах міжнародного кримінального права досі діє принцип, згідно з яким, виконання злочинного наказу не звільняє від кримінальної відповідальності.

Здається очевидним, що багато злочинів за міжнародним кримінальним правом (зокрема воєнні злочини) є результатом державної політики правлячих кіл – досить згадати історичні події ХХ ст. (Нацистський режим у Німеччині, правління Пол Пота в Камбоджі, події на території колишньої Югославії та ін. – В. П.).

Призначення принципу неприпустимості посилання на наказ, на наш погляд, полягає в реалізації невідворотності покарання тих осіб, яких можна назвати головними винуватцями злочинів.

Хоча багатьом національним кримінальним законам відома така обставина, що виключає злочинність скоєного за

виконання наказу, згаданий правовий інститут оформився саме в межах норм міжнародного кримінального права.

Так, у Принципі IV міжнародного права, що знайшло вираження у Статуті і рішеннях Нюрнберзького трибуналу, міститься вказівка на те, що виконання особою наказу свого уряду або начальника не звільняє цю особу (виконавця) від відповідальності за міжнародним правом, якщо свідомий вибір був фактично для неї можливий.

Надалі принцип неприпустимості посилання на наказ начальника або на припис закону розвинувся в Кодексі поведінки посадових осіб із підтримання правопорядку 1979 р., який ухвалив, що жодна посадова особа з підтримання правопорядку не може здійснювати, підбурювати або терпимо ставитися до будь-якої дії, що є тортурами чи іншими жорстокими, нелюдськими діями, або таких, що принижують гідність, видів поведінки і покарання, та жодна посадова особа з підтримання правопорядку не може посилатися на розпорядження вищих посадових осіб або такі виняткові обставини, як стан війни чи загроза війни, загроза національній безпеці, внутрішня політична нестабільність чи будь-який інший надзвичайний стан, для виправдання тортур або інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведінки і покарання (п. 8) [8]. Аналогічні приписи містяться в п. 3 ст. 2 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведінки і покарання від 10 грудня 1980 р. [9].

Д.М. Навроцький зазначає, що наказ чи акт мають такі ознаки: 1) вимога, що міститься в наказі, має розпорядчий характер і виражена в категоричній формі; 2) особа, яка видає наказ, уповноважена на його віддання, а виконання наказу є обов'язком особи, якій він адресований; 3) наказ може бути відданий як одноособово, так і групою осіб (колегіально); 4) наказ може видаватися в письмовій, усній формі, за допомогою засобів зв'язку; 5) наказ відрізняється від інших юридичних актів (актів судової влади, службових документів, документів індивідуального характеру). Аналізуючи вищеведене, він доходить висновку, що наказ варто розуміти як вимогу розпорядчого характеру, викладену в усній, письмовій формі чи за допомогою засобів зв'язку, органу управління чи уповноваженої особи, які наділені відповідною компетенцією щодо вчинення або не вчинення певних дій іншою особою чи колом осіб, для яких виконання такої вимоги є їхнім обов'язком [10, с. 78]. Водночас цілком допустима ситуація, коли віддається наказ про застосування забороненого засобу або методу ведення війни.

Відповідно до теорії кримінального права, заподіяння шкоди кримінально значущим відносинам під час виконання наказу виражається в тому, що в результаті ми маємо справу не просто із правопорушенням, а саме зі злочином. Тому наслідком незаконного виконання наказу є вчинення виконавцем злочину [11, с. 74].

Зважаючи на законодавчі вимоги та думку науковців щодо законності (правомірності наказу), законний (правомірний) наказ відповідає таким вимогам: 1) законність вимоги (законність за змістом); 2) відданий відповідною особою; 3) належний порядок віддання; 4) наявність повноважень особи чи органу на віддання наказу; 5) способи та засоби виконання наказу не мають суперечити чинному законодавству та бути пов'язаними з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина [10, с. 79].

Наступною ознакою незаконного наказу є заведомість його злочинності. Це означає певне психологічне ставлення особи до того чи іншого факту. І.І. Слуцький відзначав, що «теорія <...> кримінального права повинна обґрунтувати вирішення питань відповідальності підлеглого за виконання наказу, відданого начальником зі злочинною метою,

про що виконавець не знав або сумнівався у правомірності отриманого для виконання наказу» [12, с. 144]. В.Д. Пакутін наводить випадки невинного виконання злочинного за змістом наказу. Так, він пише, що в такому разі виконання наказу «може виключати відповідальність виконавця, якщо він не знав і не міг знати про протиправність цього наказу» [12, с. 144]. Дещо пізніше І.І. Слущкий назвав ще один варіант виконання наказу: коли виконавець не усвідомлював злочинного характеру отриманого наказу, «однак при прояві належної передбачливості міг і повинен був це зробити» [12, с. 144]. Звісно ж, що і цими варіантами виконання наказу їх перелік цілком не вичерпується. Так, на думку С.Н. Орловського та В.Я. Малкіса, «особі, що віддає наказ може бути невідома його незаконність, а виконавцю може бути відома» [12, с. 144].

Необережливе ставлення особи, що віддає наказ, до суспільної безпеки запропонованих наказом дій і їхніх наслідків, можливо, зокрема, коли особа віддає наказ на підставі наказу вищого начальника, тобто вона виступає одночасно і як особа, що віддає наказ, і як його виконавець.

Отже, в теорії кримінального права сформулювалося розуміння того, що не є злочинним заподіяння шкоди охоронюваним кримінальним законом інтересам особою, яка діє на виконання обов'язкового для неї наказу. Особа ж, яка вчинила умисний злочин на виконання явно злочинного наказу, несе кримінальну відповідальність на загальних підставах.

Невиконання явно злочинного наказу виключає кримінальну відповідальність. Що стосується особи, яка віддала злочинний наказ, то вона несе кримінальну відповідальність у випадках, якщо злочинність наказу охоплювалася його умислом.

В ухвалених останнім часом міжнародно-правових актах міститься перелік обставин, які звільняють виконавця наказу від кримінальної відповідальності, якщо дотримано такі вимоги: 1) виконавець був зобов'язаний виконати наказ уряду або начальника; 2) виконавець не знав, що наказ був незаконним, або сам наказ не мав явно незаконного характеру.

Недотримання таких вимог є підставою для притягнення виконавця наказу до відповідальності згідно з нормами міжнародного кримінального права.

Проте факт обов'язковості наказу може розцінюватися як обставина, що пом'якшує покарання, якщо наказ виконаний особою під страхом «серйозних негативних наслідків» для себе чи своєї родини.

Міжнародно-правові акти в регламентації відповідальності за виконання незаконного наказу виходять з концепції «розумних багнетів»: особи, які вчиняють злочин під час виконання явно для них незаконного наказу, повинні підлягати кримінальній відповідальності; начальник же повинен нести відповідальність за скоєні злочини, спричинені виконанням відданого їм незаконного наказу в будь-якому випадку.

Не важко помітити, що доктрина «розумних багнетів» покладена в основу як принципу неприпустимості посилання на офіційне (посадове) становище особи, так і принципу неприпустимості посилання на наказ начальника або на припис закону [13, с. 43].

Звільнення виконавця наказу від відповідальності з міжнародного кримінального права не означає автоматичного звільнення особи, яка віддала явно незаконний наказ. Ми цілковито згодні з думкою, що сам факт віддачі посадовою (офіційною) особою наказу про вчинення злочину у разі невиконання такого наказу повинен розцінюватися як готування до злочину особи, що віддала наказ.

Будь-яка особа згідно з міжнародним стандартом прав і свобод має волю, тобто можливість визначати варіант своєї

поведінки [12, с. 146]. Якщо на свободу волі впливає будь-якій зовнішній чинник, то порушується питання про злочинність вчинку. Яскравий тому приклад – обов'язковість виконання наказу начальника. Такий наказ (як зовнішній чинник) безумовно звужує вольові (довільні) характеристики дій виконавця. І обов'язковість наказу, поряд із неочевидністю незаконності останнього для виконавця, стає однією з підстав, які звільняють виконавця від відповідальності з міжнародного кримінального права. Водночас норми міжнародного права передбачають необхідність збереження у виконавця можливості «усвідомленого вибору» поведінки під час виконання наказу.

Якщо в людини є можливість вибору поведінки під час виконання наказу, то така можливість характеризує діяння як залежне від волі людини. І якщо вона здійснює на виконання наказу злочинне діяння, то повинна за це відповідати.

Зупинимось на одному цікавому положенні міжнародного кримінального права: відповідно до п. 2 ст. 33 Римського Статуту, наказ про вчинення злочину геноциду або злочинів проти людяності є незаконним. Це означає, що виконавець такого наказу (через його очевидну злочинність) не може звільнитися від відповідальності ні за яких обставин.

Очевидність злочинності наказу полягає в тому, що будь-яка людина має розуміти, що їй віддано наказ про вчинення злочину і що вона, виконуючи такий наказ, також чинить злочин.

Цьому факту є пояснення: злочини, передбачені міжнародним кримінальним правом, якраз і відрізняються тим, що завдають шкоди абсолютним благам – інтересам гарантування миру і безпеки людства загалом. Будь-яка людина через нелюдяність здійснення такого діяння повинна розуміти, що вчиняє саме злочин.

На наш погляд, принцип неприпустимості посилання на наказ, сформульований у ст. 33 Римського Статуту, повною мірою поширюється на кваліфікацію воєнних злочинів, як вони визначені у міжнародному кримінальному праві.

**Висновки.** Прояв принципу особистої відповідальності в міжнародному кримінальному праві можна розглядати як розвинуте у самостійний принцип міжнародного кримінального права положення про неприпустимість посилання на наказ уряду або начальника. Якщо особа вчиняє воєнний злочин, вона повинна підлягати кримінальній відповідальності без будь-яких посилань на виконання наказу, тому що злочинність такого діяння очевидна. У такому разі положення ст. 33 Римського Статуту будуть мати пріоритет, і під час вчинення згаданого злочину не застосовується посилання виконавця на відсутність можливості вибору під час виконання наказу про застосування забороненого засобу або методу ведення війни, або в разі іншого порушення Женевських конвенцій і Додаткових протоколів до них.

#### Список використаної літератури:

1. Кибальник А.Г. Обстоятельства, исключющие ответственность в современном международном уголовном праве / А.Г. Кибальник // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. – 2013. – № 4. – С. 124–128.
2. Дуйловський О.В. Кримінально-правові ознаки виконання наказу або розпорядження / О.В. Дуйловський, С.А. Шалгунова // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2013. – № 3. – С. 346–354.
3. Сибилева О.П. Ответственность командиров за нарушения в сфере международного гуманитарного права / О.П. Сибилева // Военная мысль. – 2013. – № 8. – С. 57–67.

4. Соломоненко И.Г. Исполнение приказа и его уголовно-правовое значение / И.Г. Соломоненко. – Ставрополь: Ставрополь-Сервис-Школа, 2000. – 96 с.

5. Дячук С.І. Імплементация норм міжнародного гуманітарного права у вітчизняний кримінально-правовий інститут обставин, що виключають злочинність діяння / С.І. Дячук // Юридична наука. – 2012. – № 2. – С. 59–65.

6. Устав Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998\\_201](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998_201).

7. Принципы международного права, признанные уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.un.org/tu/documents/decl\\_conv/conventions/principles.shtml](http://www.un.org/tu/documents/decl_conv/conventions/principles.shtml).

8. Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка. Резолюция 34/169 Генеральной Ассамблеи Организации Объединённых Наций от 17 декабря 1979 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_282](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_282).

9. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_085](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_085).

10. Навроцький Д.М. Поняття наказу (розпорядження) та його види в кримінальному праві України / Д.М. Навроцький // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». – 2014. – Вип. 9–2(2). – С. 77–80.

11. Михайлов В.И. Нормативное регулирование исполнения приказа и некоторые вопросы уголовного права / В.И. Михайлов // Государство и право. – 1996. – № 12. – С. 66–76.

12. Адельханян Р.А. Военные преступления как преступления против мира и безопасности человечества : дисс. ... д. юр. наук : спец. 12.00.08 «Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право» / Р.А. Адельханян ; Институт государства и права Российской академии наук. – Москва, 2003. – 430 с.

13. Зимин В.П. Правомерное неисполнение приказа : Доктрина «умных штыков» / В.П. Зимин // Правоведение. – 1993. – № 2. – С. 35–45.